LE DROIT CIVIL EXPLIQUÉ SUIVANT L'ORDRE DU CODE PAR TROPLONG: DE...

Raymond Théodore Troplong



TROPLONG.

DE L'ÉCHANGE ET DU LOUAGE.

LE

DROIT CIVIL

EXPLIQUÉ

SUIVANT L'ORDRE DES ARTICLES DU CODE.

DE

L'ÉCHANGE ET DU LOUAGE

COMMENTAIRE DES TITRES VII ET VIII DU LIVRE III
DU CODE CIVIL;

par M. Troplong,

CONSEILLER A LA COUR DE CASSATION, CHEVALIER DE L'ORDRE ROYAL
DE LA LÉGION D'HONNEUR.

Ouvrage qui fait suite à celui de M. Toullier.

MAIS DANS LEQUEL ON A ADOPTÉ LA FORME PLUS COMMODE DU COMMENTAIRE

ÉDITION

**mise en rapport avec la jurisprudence et la législation de la Belgique
et renvoyant aux livres de droit publiés dans ce royaume.**

BRUXELLES.
MELINE, CANS ET COMPAGNIE.
LIBRAIRIE, IMPRIMERIE ET FONDERIE.

1841

PRÉFACE.

L'échange ne tiendra pas plus de place ici que dans le *Code civil*. S'il est, entre tous les contrats commutatifs, celui qui joue le plus grand rôle dans les siècles de décadence et de barbarie, il devient, aux époques de progrès social, l'un des moins fréquents dans les rapports civils internes, l'un des plus étrangers au mouvement de la propriété.

En effet, lorsque la monnaie est rare et peu courante, lorsqu'elle est resserrée dans les mains d'un petit nombre d'individus, qui se suffisent à eux-mêmes par la vaste étendue de leurs terres et par les services de leurs esclaves ou de leurs vassaux, le commerce des choses s'opère principalement par la voie des échanges. Le cercle de ces échanges est d'ailleurs fort borné. La propriété foncière sommeille dans l'immobilité, et tous les efforts du législateur ont bien moins pour but de la répartir entre un plus grand nombre de possesseurs, que de la conserver immuable et perpétuelle dans les grandes familles qui jouissent presque seules de ses bienfaits. Quant à la propriété mobilière, dont le brillant essor balance de nos jours les influences terriennes, elle n'est encore considérée, aux époques dont nous parlons, que comme d'une nature inférieure et presque vile! *Vilis mobilium possessio.* Étudiez, dans les chants épiques d'Homère, les scènes de la vie héroïque du monde grec; vous verrez les chefs de famille se procurer avec des cuirs de bœuf, avec du fer ou des captifs, etc., etc., les choses qui doivent satisfaire à leurs besoins (1). Rome ne connut aussi que l'échange dans l'état de simplicité primitive que regrettait Pline, alors qu'il avait sous les yeux le tableau de la plus effroyable corruption que l'or enfanta jamais. Descendez enfin dans notre moyen âge, et interrogez les légendes, qui sont la curieuse et candide épopée de la barbarie moderne. Le dimanche et les jours de fête un marché se tient devant la porte de l'église ou du monastère; là, entre gens rustiques d'une même seigneurie, les fruits de la terre et les croîts d'animaux sont échangés contre les produits d'une grossière industrie. L'artisan reçoit de l'agriculteur le prix en nature de sa main-d'œuvre; l'agriculteur est vêtu par l'ouvrier qu'il alimente. Quelques ventes se font bien çà et là; mais il faut en être sobre; l'argent est rare, on le garde pour payer les cens féodaux et les deniers emphytéotiques, pour offrir à l'église quelques dons pieux, pour acheter, en cas de calamité, des prières et des indulgences.

Quelquefois on s'aventure à sortir de l'enceinte de la seigneurie; un convoi se forme d'un certain nombre d'habitants, qui partent ensemble avec leurs charrettes et leurs provisions. Mais ce n'est pas encore de l'argent qu'ils emportent; ils voiturent des denrées pour payer ce qu'ils achèteront.

(1) Quantum feliciore ævo, *quàm res ipsæ permutabantur inter se*, sicut et trojanis temporibus factitatum Homero credi convenit! Alios coriis boum, alios ferro captivisque rebus mutasse tradit. Ex quâ consuetudine *mulcta legum antiquarum pecore constat etiam Romæ* (Pline, liv. 33, c. 3). V. aussi les *Inst. de* Excerpt. vend., § 2.

Écoutez cette naïve histoire rapportée par l'historien des évêques de Toul ; elle montre comment les salines de l'Est débitaient leurs produits aux habitants des provinces voisines.

« Dans un certain temps, un assez grand nombre de paysans de la partie du Barrois se formèrent en troupe, comme c'est l'usage des gens de cette classe, et ayant pris leurs voitures et des denrées, arrivèrent à Vic-aux-Salines pour acheter du sel. Après avoir payé, avec les choses qu'ils avaient transportées, le sel qui leur avait été livré, ils repartirent et arrivèrent accablés de fatigue à Gondreville, où ils essayèrent de passer la Moselle. Mais le gué était difficile ; ils avaient de la peine à le franchir ; c'était le jour où l'on célébrait dans le pays la fête du bienheureux saint Mansuy. Les habitants du lieu leur firent de graves reproches de s'occuper de leurs affaires et de leur retour, en un jour si solennel, et de ne pas prendre part à la joie publique. Les voyageurs répondirent, en plaisantant, que la fête ne les regardait pas, car le saint n'était que le saint des Leucques (1), et non pas le leur. Mais tout à coup, ô miracle ! leurs bœufs deviennent furieux, poursuivant et frappant leurs maîtres à coups de corne. Alors ceux-ci n'eurent rien de mieux à faire que d'aller se jeter aux pieds de l'autel de saint Mansuy, et de promettre avec de ferventes prières d'être à l'avenir plus respectueux et plus prudents. Le saint écouta leurs voix suppliantes, et leur permit de retourner dans leur pays (2). »

L'historien qui m'a fourni cette anecdote n'est pas un Homère pour le style et l'imagination ; mais la couleur locale se trouve là dans toute sa vérité, et j'ai pensé dès lors qu'il me serait permis de lui faire cet emprunt, à l'imitation des jurisconsultes romains, qui vont chercher des exemples dans les poétiques récits de l'*Iliade*.

Mais lorsque la civilisation a élargi le cercle des communications et des besoins, lorsque la richesse monétaire s'est augmentée, et que l'argent, signe représentatif de toutes choses, est plus ou moins répandu dans les mains de tout le monde, l'échange devient un moyen embarrassant de commercer. La vente le remplace (3) ; c'est elle qui met en action, qui déplace et fait circuler les valeurs mobilières et immobilières. Bientôt, le rang qu'elle occupe dans le jeu des affaires, elle le prend dans les Codes ; elle y figure comme le plus important des contrats commutatifs. Les jurisconsultes développent avec complaisance les principes qui la gouvernent et les applications pratiques qui découlent des principes. L'échange, au contraire, n'est plus qu'un calque, une sorte de copie ; il est le servant de la vente ; il lui emprunte ses règles, sa vie. Aussi, on écrit des volumes sur la vente et l'on trace quelques lignes sur l'échange. C'est que les jurisconsultes ne dissertent pas encore quand l'échange est en crédit ; le temps des Codes n'est pas venu ! C'est que leur influence n'arrive que quand la vente jouit déjà depuis longtemps de son tour de faveur. Or, les légistes suivent la marche progressive de la société ; c'est pour elle qu'ils travaillent ; c'est pour ses besoins qu'ils donnent des préceptes et des réponses.

Toutefois, si l'on considère l'échange comme auxiliaire du commerce extérieur, son importance est et sera probablement toujours considérable. Il nous ouvre l'accès des contrées lointaines d'où la législation locale empêche la sortie du numéraire, et celles qui ne connaissent pas l'usage des monnaies. Le luxe et la sensualité l'envoient chargé de nos richesses agricoles et manufacturières pour rapporter d'un autre hémisphère les productions que la nature nous a refusées. Il revient alimenter nos ports, notre industrie, et satisfaire le goût bizarre des Européens pour les choses de l'Inde et de l'Amérique (4). Je ne dirai pas que si les échanges commerciaux n'avaient pas exporté le thé de la Chine et du Japon, la révolution américaine serait encore à faire ; je n'aime pas ces rapprochements forcés, et par cela même puérils, et je crois que d'autres causes se seraient offertes pour que la patrie de Washington et de Franklin secouât le joug de son avare métropole (5). Toutefois, j'ai cru devoir rappeler un fait célèbre dans l'histoire pour montrer l'influence des échanges sur les besoins et les habitudes des peuples.

Mais, je le répète, le rôle de l'échange se rapetisse singulièrement lorsqu'on passe des rapports commerciaux aux rapports réglés par le droit civil interne. En jetant un coup d'œil sur notre droit français, à partir du XVI[e] siècle, l'échange n'apparaît

(1) Ancien nom des habitants de la Lorraine et de l'évêché de Toul.

(2) « Quodam tempore, *ut moris est rusticorum*, quidam Barrensium partium, non parvo numero rustici, grege facto, *surreptis vehiculis et rerum copiis*, vicos expetierunt SALINARUM ; DATISQUE IN COEMPTIONEM RERUM VENALIUM CONVECTATIONIBUS, ad sua redire cupientes, *salis commercia referebant*, et jam ex maximâ parte expleto itinere, Gundolfi villam transgressi, ad alveum Mosellæ cum illâ suâ Rhœda squalentes labore, rustici pervenerant, etc., etc. » *Hist. de Toul* (ch. 19), par Adson.

(3) Les anciens attribuaient à Bacchus l'invention de la vente (Pline, liv. VII, c. 57).

(4) Le thé, le tabac, le café, etc.

(5) On sait que les Anglo-Américains s'insurgèrent à cause d'une taxe sur le thé.

guère, d'une manière saillante, que comme moyen d'assouplir dans une certaine mesure la rigueur inerte du régime dotal, ce dernier débris des systèmes anciens qui placent la prospérité de la famille dans l'immobilité de la propriété; tandis qu'elle réside plus véritablement dans la combinaison qui, associant les époux dans une collaboration commune, corrobore l'affection conjugale par l'identité des intérêts, stimule de part et d'autre le dévouement, l'économie, l'amour du travail; vertus fécondes dont les fruits profitent à la femme aussi bien qu'au mari; mobiles plus sûrs et plus moraux que toutes les frayeurs du régime dotal, pour faire progresser les familles, pour les faire monter de la gêne jusqu'à l'aisance et de l'aisance jusqu'à la richesse.

Je trouve aussi l'échange employé pour échapper aux droits seigneuriaux sur les mutations, ainsi qu'aux entraves que l'esprit féodal apportait au mouvement de la propriété foncière. Voici ce que je lis dans le commentateur de la coutume de Troyes (1) : « M. de Montholon, garde des sceaux, « dit à celui qui lui offrait de vendre une maison, « qu'il ne voulait point acheter de lui, *d'autant que* « *quelques lignagers la pourraient retirer*, mais « qu'il avait des rentes constituées, lesquelles il « lui baillerait par échange et s'obligerait que tôt « après elles serait rachetées. Peu de temps après « l'un des lignagers intenta action de retrait, et « dit que c'est vraie vente *déguisée sous nom d'é-* « *change*, même que les rentes avaient été aussitôtrachetées. M. de Montholon dit, au contraire, « qu'il n'avait rien fait que de bonne foi, lui ayant « été permis de rechercher les moyens, afin que « la maison ne fût évincée ; sur lesquelles contestations le parlement débouta le lignager du re- « trait. »

Hors de là, l'échange reste obscur et inaperçu dans le vaste mouvement qui tient en éveil l'activité de notre nation.

J'en puis dire autant du temps où nous vivons. Dans cette action incessante qui fait circuler la propriété depuis le sommet jusqu'aux extrémités du corps social, quelle est la part de l'échange? je parle toujours des rapports internes : elle est presque nulle; rarement l'échange vient se mêler aux mutations devenues si fréquentes de nos jours. Il faut des circonstances toutes particulières, des raisons exceptionnelles de convenance privée pour y avoir recours.

Et cependant ne nous hâtons pas de le déclarer impuissant; il pourrait ne pas être inutile à notre agriculture, si des mains intelligentes voulaient l'employer à guérir l'une de ses plaies. En effet, une grande partie de notre sol est morcelée par petites parcelles; la propriété en est éparpillée çà et là, comme si elle eût été jetée au vent, et toutes ces fractions enchevêtrées les unes dans les autres, restent inabordables et presque inexploitables à raison de l'absence des chemins et des difficultés qui en résultent entre voisins. C'est ce qui faisait dire à M. François de Neufchateau : « Avec les territoires hachés, cisaillés, sans che- « mins pour arriver aux lambeaux qui les consti- « tuent, l'agriculture froissée en outre par les « entraves que le parcours et la vaine pâture multi- « plient autour d'elle, ne peut pas plus grandir « qu'un enfant qu'on garrotterait au berceau avec « des liens de fer. » Quel serait donc le moyen de faire disparaître cet échiquier qui est le désespoir de notre agriculture? Non pas que je veuille attaquer par là la division de la propriété et sa répartition dans les mains du plus grand nombre; loin de moi toute parole d'improbation pour un état de choses où la France trouve son point de repos, et qui après l'avoir sauvée d'une révolution en 1830, la préservera, j'espère, de nouvelles crises dans l'avenir. Ce que je déplore est tout différent, et il ne faut pas confondre la division de la propriété avec le morcellement et les hachures du sol. Que les trop grands domaines, qui de tout temps, ont été le fléau des empires, aient été coupés en fractions d'une certaine contenance, soit par suite de la décadence qui frappe toutes choses ici-bas, soit par la marche incessante de notre loi sur les partages des successions, soit enfin par la spéculation qui a fait des biens-fonds un objet de commerce; que cette division ait mis ces nombreux fragments à la portée de la classe moyenne et des cultivateurs, qui sont venus y verser le fruit de leur labeur et de leurs épargnes, c'est là un excellent résultat; il faut y applaudir, et pour mon compte, j'y vois un de ces grands progrès qui influent sur la destinée d'un empire; car tout un élément de notre civilisation a été retrempé. La bourgeoisie, franchissant ses limites d'autrefois, ne s'est pas contentée d'élever sa tête jusqu'aux régions supérieures de la société; elle a prolongé ses racines dans les couches inférieures de la population; là, elle s'est recrutée d'hommes laborieux, infatigables, cultivant pour leur propre compte, et trouvant dans le travail de leurs mains une honnête indépendance. Or, c'est le principe diviseur des terres qui a fécondé cette extension de la bourgeoisie, et l'État y a gagné prodigieusement; car un large support lui a été donné, qui a pris sa base, non dans des idées mobiles et des intérêts précaires,

(1) Legrand, sur Troyes, p. 187, n° 6.

régénérer le principe aristocratique par la régénération des grandes propriétés. Oh! vous concevez que la chambre des députés ne pouvait rester froide devant cette formidable accusation! Il est vrai que cette pauvre loi de 1824, qui ne se croyait pas si méchante, aurait pu tout aussi bien être présentée et aurait été très-certainement soutenue par un aristocrate de la façon de M. François de Neufchateau, dans les idées agronomiques duquel elle rentrait complétement. Mais n'importe! le mot fatal avait été prononcé, et la loi ne résista pas! Ai-je donc si grand tort de redouter que des susceptibilités jalouses ne viennent s'ajouter à l'apathie trop naturelle aux intérêts agricoles, pour contrarier longtemps encore les réunions de parcelles, réclamées par les agronomes intelligents de tous les partis (1)?

Passons maintenant au *Louage*. L'histoire philosophique de ce contrat nous occupera plus longtemps. Il offre au jurisconsulte qui veut pénétrer dans le fond des choses un sujet intéressant et étendu. Il est, dans nos sociétés modernes, un des contrats qui exercent le plus d'influence sur la prospérité publique; il associe aux jouissances de la propriété ceux qui ne sont pas propriétaires; il est le nerf de l'agriculture, cette mère nourrice des États, à qui il donne des colons laborieux et intéressés à ses progrès. Tour à tour il recrute cette milice industrieuse qui féconde nos champs, ou alimente et cherche à pacifier cette immense et frémissante armée qui prête ses bras à l'industrie manufacturière. Il y a, dans deux pays voisins l'un de l'autre, deux grandes questions sociales qui viennent aboutir au contrat de louage, la question des salaires en France, celle de la décadence croissante des petits fermiers en Angleterre (2).

Je disais tout à l'heure qu'à mesure qu'on s'éloigne des ténèbres de la barbarie, l'échange est éclipsé par d'autres contrats plus importants. Ici c'est tout le contraire. Le louage aime le soleil de la civilisation; il se développe et grandit sous son influence, tandis que la nuit des temps barbares le rapetisse. Si vous descendez au degré le plus bas de la civilisation, vous ne lui voyez jouer presque aucun rôle dans la vie civile. Quand les cités sont rares et petites, quand les maisons sont tellement rétrécies, qu'elles suffisent à peine pour loger la famille, et que d'ailleurs la population, dominée par ses habitudes casanières, ne voyage pas au loin, il y a tout à la fois peu de locataires et peu de place pour les locataires; alors le bail à loyer ne saurait donc être un moyen large et général d'utiliser les édifices urbains (3). Chacun, d'ailleurs, a l'amour-propre d'avoir la propriété de son manoir; le toit héréditaire, tout chétif qu'il peut être, communique à celui qui l'habite une sorte de relief et d'honneur! Peu importe la misère de ces demeures sales, humides, où le jour a peine à pénétrer, où la poitrine respire avec effort! repaires qui semblent faits exprès pour héberger la peste, la lèpre, et tous les fléaux contagieux, peu importe! dis-je. L'homme s'y complaît, parce qu'il se dit, dans son orgueil: *J'en suis propriétaire*. Au contraire, celui qui ne tient pas de ses pères ou de son travail un abri pour reposer sa tête, celui qui est obligé de prendre chez autrui un logement à loyer, est placé, par l'opinion de ses concitoyens, dans une espèce d'infériorité et de dépendance. On retrouve encore quelques traces de ces préjugés dans le département de la Corse, où la simplicité des mœurs primitives a conservé plus qu'ailleurs sa physionomie originale et naïve.

Vitruve nous apprend qu'au commencement les maisons de Rome étaient fort basses; elles n'avaient qu'un seul étage, et suffisaient néanmoins aux besoins d'un peuple simple et austère (4). Mais où était le gîte du locataire dans ces demeures exiguës? On le chercherait vainement. Les distributions de terre à la plèbe (5), les assignations de certaines parties du territoire pour en faire des quartiers de Rome (6) semblent indiquer que chacun eut dans l'origine sa petite retraite et son asile. Ce n'est que beaucoup plus tard que, la population s'étant accrue, on éleva les maisons. Les riches logèrent alors les pauvres dans le dernier étage, qu'on nommait *cœnaculum*, et le profit qu'ils en retiraient s'appelait *cœnaculariam facere*.

Dans les campagnes, le bail à ferme n'est pas plus fréquent.

Les familles propriétaires, soumises à un pouvoir intérieur, mélangé d'origine patriarcale et de conquête, vivent isolées les unes des autres, sur des domaines qu'elles font cultiver par des mains serviles, et dont elles consomment les fruits en nature. Un intendant, qui n'est que le premier esclave entre les esclaves, dirige les travaux, sur-

(1) Mon opinion sur l'abrogation de la loi de 1824 est aussi celle de MM. Championnière et Rigaud, qu'on ne soupçonnera pas de tendances aristocratiques. On peut voir ce qu'ils ont dit à ce sujet dans leur *Traité des droits d'enregistrement* (t. III, n° 2174), l'un des meilleurs livres de jurisprudence qui ait été publié depuis longtemps.

(2) Voyez le *National* du 14 octobre 1833, sur cet état de décadence dont je parle *infrà*, p. VII.

(3) Vico, trad. de M. Michelet.

(4) Arch., lib. 2.

(5) V. M. Niebuhr, t. II, p. 161.

(6) Ancus assigna aux Latins des demeures sur l'Aventin (V. M. Niebuhr, *loc. cit.*, p. 145).

veille les ouvriers et les cultivateurs, et se venge sur eux de l'autorité despotique que le maître exerce sur lui. L'histoire des deux premières races nous montre ce régime en pleine vigueur dans les *villæ* royales (1). Les rois vont résider tour à tour dans leurs divers domaines, afin d'y vivre, eux et leur cour, des produits agricoles dont le commerce d'alors n'aurait pu faire de l'argent.

A ces époques, et dans tous les États où l'élément aristocratique prédomine pleinement, la classe des fermiers n'a pas encore d'existence réelle. Pour qu'elle puisse compter dans le dénombrement de la population comme élément sérieux de la prospérité politique, il faut qu'il y ait un noyau d'hommes libres, venant après la première occupation du sol, trouvant les places prises par les premiers arrivés, et cherchant à s'en créer une par leur travail et par une sorte de combinaison qui consiste à mettre leur industrie à la disposition du propriétaire, qui, de son côté, leur fournit la matière productive. Or, à l'époque dont nous parlons, époque appelée héroïque par Vico, il n'y a guère que des maîtres et des serfs : la liberté a pour condition la propriété ; tout chef de famille libre, indépendant, est nécessairement propriétaire ; quiconque n'est pas propriétaire est esclave ou contraint à tomber dans la servitude.

Un progrès assez fréquent finit cependant par tempérer cette dépendance des classes inférieures. Les grands propriétaires, embarrassés de l'immensité de leurs terres, et presque gênés de leurs inutiles richesses, cherchent à les rendre plus productives en intéressant les familles à la culture du sol. De là des concessions de terrains pour bâtir, défricher, labourer, moyennant certaines redevances annuelles. Nous avons non loin de nous un exemple vivant de cet état social dans les populations slaves. « Chaque seigneurie, dit M. de Sismondi, se compose de deux parts : la terre du « seigneur, qui est cultivée au moyen des corvées (2), et celle qu'il a partagée entre un grand « nombre de familles de paysans, que chaque famille cultive durant les trois jours par semaine « qui lui restent libres. En Russie, la corvée des « paysans a été généralement remplacée par une « redevance en argent, nommée l'*obroc*, qui, de sa « nature, est supposée toujours égale, mais que « dans un pays sans liberté et sans garantie, le seigneur peut augmenter suivant son caprice (3) ». Nous verrons bientôt que notre population agricole est sortie d'une situation correspondante. Cette situation est le plus grand pas que la classe des paysans puisse faire lorsque l'élément démocratique n'a pas fait son apparition.

Mais aussitôt que l'assouplissement du principe aristocratique a permis à la classe des hommes libres de prendre rang dans l'État, le bail à ferme ou à colonage temporaire devient le moyen le plus général de mettre les terres en valeur. A mesure que le servage s'efface, le bail à ferme empiète sur les places qu'il laisse vacantes ; car il est l'industrie du paysan, de même que le négoce et la fabrique sont l'industrie du citadin. Peu à peu l'on voit s'élever de nombreuses familles de cultivateurs indépendants, qui tiennent le milieu entre les grands propriétaires et les ouvriers prolétaires. Le fermier qui a longtemps travaillé, longtemps économisé, finit par acheter un champ ; il prend place parmi les possesseurs du sol. Alors, si quelque grande cause politique n'y met pas obstacle, l'agriculture et la liberté se donnent la main, et cette union fait surgir des entrailles de la terre, comme autrefois les dents du dragon, cette classe villageoise si précieuse pour la propriété, et qui, plus que toute autre, est le nerf d'un État puissant. Car c'est elle qui dans la paix trace le sillon nourricier, c'est elle qui, pendant la guerre, fournit à la patrie ses plus robustes et ses plus vaillants soldats.

La transition dont je parle s'opère depuis longtemps en France, dans un silence qui trompe les étrangers peu instruits de nos mœurs. M. Jacob, chargé par le parlement anglais de parcourir l'Europe pour y étudier l'état de l'agriculture, a prétendu que *la France est au second degré de l'échelle agricole en commençant par en bas*. Ce jugement n'est pas d'un observateur ; c'est celui d'un contempteur superficiel. M. Jacob n'a vu probablement dans nos villages, assez sales pour la plupart, dans les demeures assez chétives de nos paysans, que l'indice de la misère. Il ne sait pas que dans plusieurs de nos provinces une grande révolution se prépare au profit de ce cultivateur, qu'il croit si pauvre, parce qu'il est peu soucieux d'une vie luxueuse ou commode ; il ne sait pas qu'un jour viendra où, sans secousse et sans bruit, la propriété passera presque entièrement dans ses mains. Nous insisterons plus tard sur cet inévitable résultat, qui nous paraît devoir fixer à un haut degré l'attention des économistes. En attendant, nous laisserons l'Angleterre se vanter des progrès de son agriculture et du confortable qui règne dans ses campagnes. Si l'art agricole fleurit chez elle plus que chez nous, notre population agricole progresse chez nous bien plus que chez elle, et c'est là ce qui importe surtout à ceux qui font marcher l'homme avant la chose. Nous

(1) V. le capit. *de Villis et Curtis*.
(2) Qui consistent en quatre jours de travail par semaine.
(3) *Études sur l'économie politique*, t. I, p. 186.

n'avons pas oublié ces prétendues réformes agronomiques, par lesquelles la duchesse de Sutherland déposséda quinze mille paysans, de sept cent quatre-vingt-quatorze mille acres de terre dont ils étaient en possession depuis un temps immémorial, les força à abandonner leurs antiques foyers et leurs villages, qui furent démolis et brûlés; le tout, afin de convertir leurs champs en pâturages plus productifs, et d'améliorer les races bovines et les laines des troupeaux (1)! Est-ce là le sort qui attend le cultivateur français? est-il forcé dans sa détresse de s'écrier douloureusement :

Nos patriæ fines et dulcia linquimus arva;
Nos patriam fugimus!...

Et puis, toutes les merveilles de l'agriculture anglaise n'empêchent pas que beaucoup de grands seigneurs, chargés de dettes, avec leurs immenses fortunes, ne pressurent horriblement leurs fermiers (2). Il y a d'ailleurs un fait officiel qui fait taire tous les doutes : c'est le rapport de la commission parlementaire nommée pour rechercher les causes des embarras de l'agriculture, rapport publié, en 1833, par les journaux anglais. Les dépositions reçues par les commissaires du parlement s'accordent à dire que depuis dix à douze ans le fermier anglais paye le fermage des terres, non sur les profits de son exploitation, mais sur son capital; qu'en conséquence, ceux qui ont eu le plus de prévoyance émigrent en Amérique, tandis que ceux qui restent s'appauvrissent de plus en plus, et tombent dans la classe des manouvriers ou disparaissent complétement (3)! De là les plaintes incessantes des propriétaires et des fermiers anglais, leurs réclamations importunes pour obtenir des monopoles et des lois protectrices, qui leur permettent de soutenir la concurrence avec les blés étrangers; de là, les faillites de ces spéculateurs en agriculture qui meurent de faim dans leurs fermes admirables de beauté; de là ces incendies de récoltes et de maisons rurales, indices trop réels du malaise des campagnes et d'une inquiétante fermentation (4)! Si tous ces faits sont exacts (et qui pourrait les révoquer en doute?), ce pourrait être une nouvelle confirmation de ce mot profond de Pline, que le *trop bien cultiver ruine*, et nous pourrions être moins jaloux des beaux pâturages de l'Angleterre et de ses belles races d'animaux, et de ces fermes grandes comme le département de la Seine, où un entrepreneur, qui ne cultive pas lui-même, remplace par des machines économiques le véritable fermier qui travaillait de ses mains, expulse l'homme comme un rouage inutile dans son industrie, s'attache surtout à anéantir le petit propriétaire cultivateur, pour le supplanter, à défaut d'instruments mécaniques, par des journaliers mercenaires et sans lendemain. Tout cela peut être le beau idéal de l'art agricole. Quelques lords déjà bien opulents peuvent, par hasard, gagner un peu plus de revenu dans cette spéculation d'un seul contre une classe d'hommes qu'on pourchasse pour la faire descendre jusqu'au prolétariat. Pour moi, je préfère l'état plus modeste de nos champs. Là, de faux dehors ne cachent pas de profondes misères; là, l'amélioration croissante du sort de nos cultivateurs présage la prospérité plus réelle qui attend notre agriculture; elle tranquillise l'observateur sur l'avenir d'une population intéressante et chère à la patrie. C'est bien assez des maux que la classe ouvrière des villes nous tient en réserve. Quant à nos campagnes si dédaignées de nos voisins, nous pouvons vivre exempts des inquiétudes qui préoccupent leur parlement.

L'Irlande, l'un de leurs trois royaumes, offre à un plus haut degré l'exemple de ces causes malfaisantes dont je parlais tout à l'heure, et qui compromettent l'élan de la classe agricole. Dans ce pays cependant se trouvent réunis par la nature tous les éléments de la prospérité sociale; une race d'hommes belle et vigoureuse, une population féconde et douée des plus heureux instincts, une terre fertile et pittoresque, un climat favorable à la végétation et qui connaît à peine les gelées, les sécheresses, les grêles, les inondations (5). Et pourtant l'infortune de ces cultivateurs est si grande qu'elle serre le cœur d'une douleur infinie, et l'on est tenté de désirer pour elle l'esclavage du paysan russe! Le tableau en a été tracé avec la chaleur d'une âme généreuse et la vérité d'un profond observateur, par M. Gustave de Beaumont, dans son beau livre de *l'Irlande*. Déjà un savant économiste, que j'ai plus d'une fois cité, M. de Sismondi, avait sondé la profondeur de cette plaie. Leurs récits contiennent plusieurs traits qui se rattachent à notre sujet et qu'il faut rappeler.

Un lord d'Angleterre sait, par la tradition et par les comptes de son intendant, qu'il est pro-

(1) Ce fait eut lieu de 1811 à 1820; il fut imité par d'autres seigneurs écossais. M. de Sismondi (*loco cit.*), t. I, p. 204 et suiv., a tracé le récit lamentable de ces expulsions.

(2) M. de Sismondi, t. I, p. 238.

(3) J'emprunte ce résumé à un article du *National* du 14 octobre 1833.

(4) M. de Sismondi, t. II, p. 226.

(5) M. de Sismondi, p. 261.

priétaire en Irlande d'une terre immense. Sans entrailles pour les colons qui l'exploitent, car ils n'ont ni la même origine ni la même religion que lui ; sans affection pour ce domaine, car une révolution peut, d'un jour à l'autre, lui enlever ce que la conquête lui a donné, il ne cherche qu'à retirer d'Irlande la plus forte somme de revenu, au risque d'épuiser la terre et de ruiner ceux dont les mains la travaillent. Cette rente énorme, qu'on appelle *rack rent*, et qui mérite ce nom affreux, car elle est, pour ainsi dire, arrachée par la torture (1), n'arrive pas directement du paysan au propriétaire. « Ce dernier, dit M. Gustave de « Beaumont, abandonne le loyer de son domaine « à quelque traitant, moyennant un prix une fois « payé, ou une somme annuelle, dont le chiffre « est fixé à forfait. Cet entrepreneur, riche capi« taliste, résidant soit à Londres, soit à Dublin, « ne loue pas une terre en Irlande pour en être « le fermier. Mais il la prend à bail pour en faire « la matière d'une spéculation, et, tout aussitôt le « marché conclu, il n'aspire qu'à transmettre à un « autre l'exploitation de cette terre, à la condi« tion seulement qu'un bénéfice lui soit assuré. « Alors il a coutume de diviser le domaine en un « certain nombre de lots de cent, cinq cents, « mille acres, qu'il afferme à des traitants secon« daires, ou *middlemen*. Quelquefois le propriétaire « vendant fait lui-même cette division, qu'il livre « ainsi directement aux spéculateurs subalternes.

« Mais comment ces traitants de seconde ou de « première main feront-ils valoir les portions de « terre qu'ils prennent à bail? Chacun d'eux éta« blira-t-il sur sa part une grande ferme? S'il le « faisait, il aurait à risquer un capital considéra« ble ; or, comment un traitant aura-t-il plus de « foi dans la terre que le maître du sol lui-même? « Que fait-il donc? Il ne fonde, sur la terre qu'il « a prise à loyer, ni grandes ni petites fermes; il « se borne, en général, à en défricher la surface. « Ce travail étant fait, il subdivise son lot, et l'af« ferme au taux le plus élevé par parcelles de « cinq, dix, vingt acres, à de pauvres agriculteurs « du pays, les seuls qui prennent réellement la « terre pour la cultiver.

« Mais comment tous ces petits agriculteurs fe« ront-ils pour exploiter la terre qu'ils prennent « à bail? Le propriétaire ou le traitant ont-ils pris « le soin de construire une habitation sur cha« cune des petites parcelles qui leur ont été at« tribuées? Non, sans doute. Car pour faire cette « construction il aurait fallu des capitaux dont « nul n'a voulu faire l'avance. La terre leur est « donc livrée toute nue. Mais où se logent-ils? Ils « construisent eux-mêmes un amas informe de « boue et de paille mêlés ensemble, qu'ils appel« lent leur cabine. Trouvent-il du moins à leur « disposition quelques instruments de culture? « Non, mais ils ont à s'en pourvoir comme ils « pourront (2). »

Ainsi, dans cette superposition de spéculateurs qui chevauchent les uns sur les autres pour mieux s'exploiter, le pauvre colon est la bête de somme qui supporte tout le poids. Comme les traitants ont escompté par avance à leur profit tous les bénéfices de la terre, il ne reste plus au travailleur que l'espérance de se tenir en équilibre sur la plus extrême limite qui sépare du déficit celui qui, après avoir chétivement vécu, parvient à grand'-peine à joindre les deux bouts. Et encore, cette perspective, si triste qu'elle soit, est-elle la plus belle à laquelle puisse prétendre le cultivateur irlandais. Car presque toujours la déconfiture est au bout de son bail. Comment en serait-il autrement? Son fermage est énorme. Il est presque partout supérieur à ce que la terre peut produire (3), et ce n'est dans toute l'Irlande qu'un cri de malédiction contre ces superexactions qui dégradent le cultivateur jusqu'à la plus hideuse pauvreté. On a vu comment il est logé. Cette misérable cabine en gâchis, il la partage avec son cochon, *qui a bien le droit d'y vivre*, dit-il, *car c'est lui qui en paye la rente* (4). La nourriture des fermiers les plus huppés consiste en pommes de terre, lait de beurre, pain d'orge et beurre ; dans tout le pays de Waterford, ils ne mangent que des pommes de terre auxquelles ils joignent quelquefois les rebuts de la salaison des porcs (5). Quand, après tant de privations, arrive le moment de payer le fermage, il faut que le colon demande grâce ; il lui est impossible de tenir sa promesse. Mais le créancier est impitoyable ; il doit payer lui-même un autre créancier échelonné sur lui et qui ne lui accordera pas de merci. On saisit donc le porc qu'engraissait le colon et son misérable mobilier. Puis la justice l'oblige à grands frais à déguerpir. Mais le lendemain, il reparaît et s'attache en désespéré à cette terre, sans laquelle il va mourir avec sa femme amaigrie et ses enfants déguenillés. Que faire alors pour vaincre cette obstination de la

(1) M. de Sismondi, p. 333.
(2) T. I, p. 224.
(3) M. de Sismondi, p. 259, 260.
(4) Mot des paysans irlandais (*Id.*, p. 264).
(5) C'est ce que raconte un voyageur anglais, témoin oculaire, M. Inglis, dont la relation est en partie traduite par M. de Sismondi, p. 260.

faim? Le maître fait démolir sa cabane et le laisse nu et sans asile. Mais malheur à ce riche trop attaché à ses droits! Lazare se révolte et demande à l'assassinat la vengeance de ce *summum jus:* oubliant à la fois et les préceptes de la loi écrite et les conseils de cette religion qu'il reproche à son oppresseur de ne pas connaître!... Bientôt Lazare est condamné. Oui! tout crime doit avoir sa répression. Cependant on ne tarde pas à apprendre que les témoins qui ont osé parler, ont reçu la mort. On informe, on poursuit; pendant ce temps-là, le fils, le frère, la mère du dénonciateur tombent victimes d'un nouveau forfait. Enfin tous ceux qui souffrent s'associent et s'insurgent. Ils répandent au loin la terreur, la mort et l'incendie. L'Angleterre s'irrite; elle prodigue les lois d'exception et les rigueurs, et parvient à comprimer un instant la révolte de ces nouveaux barbares. Mais l'orage gronde sans cesse, et le volcan ne retient ses flammes que pour les montrer plus terribles quelque temps après. Ainsi donc voilà dans quels extrêmes se meut le contrat de louage des terres dans ce pays désolé! La fin de l'action du locateur c'est la ruine du preneur; l'exception du preneur, c'est l'homicide du locateur!

Quand le voyageur étonné demande au fermier irlandais comment il se fait qu'il accepte sciemment des conditions qui le conduisent à sa ruine, il répond: Qu'aurais-je pu faire? comment aurais-je pu vivre (1)? Cette réponse est le secret d'une situation à laquelle concourent à la fois et les mœurs de l'Irlande et l'égoïsme de son aristocratie. Dans ce pays, en effet, ce n'est pas comme en Angleterre, où la classe plébéienne a su s'emparer du commerce en compensation de l'occupation du sol par la noblesse. L'Irlande n'aime et ne pratique en général d'autre industrie que la culture des terres; la masse de la population, exclue des emplois et des professions libérales autres que la médecine, trop pauvre pour se livrer au commerce, que l'état politique du pays environne, du reste, de mille entraves (2), est vouée par nécessité autant que par son penchant naturel et par ses habitudes, au travail des champs. Mais le sol ne lui appartient pas; c'est l'aristocratie qui le possède, en vertu de la grande confiscation opérée par Cromwell, à la suite de la rébellion de l'Irlande, restée catholique, contre l'Angleterre, devenue protestante; confiscation qui ne porta pas seulement sur les domaines des seigneurs insurgés, mais qui affecta encore les possessions perpétuelles que la féodalité avait concédées aux vassaux. Les vainqueurs, en effet, non contents de dépouiller les grands rebelles, changèrent aussi les tenures des vilains, et les rendirent précaires au profit des nouveaux propriétaires anglais et protestants, qui prirent la place des propriétaires nationaux. Ainsi donc, le paysan irlandais est entièrement exclu de la propriété, et cependant il faut qu'il travaille la terre, ou bien qu'il mendie, ou qu'il meure de faim. Mais comment trouver une place à occuper sur ce sol, couvert de myriades de familles prolétaires et chargé d'une population exubérante, que la misère semble féconder? C'est de tenter l'avidité du propriétaire et de ses traitants par l'appât d'un fermage plus élevé; c'est d'ouvrir une concurrence effrénée, qui donne l'accès du sol à ceux qui mettront la mise la plus forte. Il est vrai que le fardeau écrasera probablement le téméraire qui aura voulu le porter. Mais qu'importe! il aura vécu une année, et puis il verra ce qu'il faut faire pour gagner du temps.

Ce système de folle enchère, quelque déplorable qu'il soit, n'est pas nouveau dans l'histoire du bail; il existe dans les vastes possessions de la compagnie anglaise des Indes. On sait que dans l'empire indo-britannique, comme dans toute l'Asie, la terre appartient au souverain, qui est censé l'avoir concédée moyennant une redevance qui forme l'impôt. Le premier possesseur, ne voulant ou ne pouvant pas cultiver par lui-même, sous-loue par petits lots à des preneurs qui eux-mêmes sous-afferment assez souvent. On comprend qu'à chacun des degrés de cette hiérarchie d'engagements, chaque cédant ne manque de faire sa part aussi bonne que possible; de sorte que lorsque le bail arrive au cultivateur, il ne reste plus pour sa part que des travaux à faire sans bénéfices à espérer. Le paysan, ou *ryot*, placé sous ce triple étage de spéculateurs, n'est là que pour payer (quand il peut payer) tous les frais de la spéculation. C'est en vain qu'un heureux climat rend la vie de l'homme facile, et que la terre prodigue à pleines mains ses plus riches dons! le *ryot*, exténué par un labeur infructeux, souffre comme le paysan irlandais, et par les mêmes causes: par la compétition d'une fourmilière de cultivateurs affamés, qui se disputent le coin de sol qui recevra leur misérable cabane et leur chétive industrie; par une concurrence désordonnée, qui force le travail à se réduire à l'obole (3)!

Que conclure maintenant de ces aperçus? C'est que le bail à ferme, instrument de travail appliqué à la propriété foncière, est tour à tour impres-

(1) M. Inglis.

(2) La noblesse, en effet, s'oppose de toutes ses forces à l'établissement des fabriques en Irlande (M. de Sismondi, p. 262).

(3) *Journal des Débats* du 12 août 1840.

sionné par les conditions qui affectent la propriété même et par l'état de ceux qui la cultivent. Effacé par l'esclavage dans les pays où la grande propriété et la servitude se donnent la main, il reparaît avec la liberté. Mais de l'état dans lequel se trouvent les classes libres qui le mettent en action, dépend la question de savoir s'il est entre leurs mains un instrument de progrès, ou l'effort inutile d'un travail désespéré. Quelque faible que vous supposiez l'élément démocratique, si les propriétaires du sol considèrent les cultivateurs comme des auxiliaires, et non pas comme une matière qu'on exploite, ne désespérez pas du travail libre, protégé et encouragé. La condition du fermier, tenant d'abord le milieu entre le journalier et le propriétaire, deviendra peu à peu une transition pour prendre part, à force de travail et d'économie, à la propriété. Les baux emphytéotiques ou à longues années, réglés avec équité, et sans le contact d'avides proxénètes, lui en faciliteront surtout la voie. Ces baux prédominent ordinairement lorsque la constitution aristocratique du sol, aspirant à la perpétuité dans les tenures foncières, reflète son principe jusque dans les possessions précaires; ils sont avantageux pour les preneurs, et, en les attachant à la terre, ils récompensent suffisamment leurs travaux d'amélioration, et les préparent à une honnête indépendance (1).

Supposez maintenant, à la place d'un État aristocratique, une société où règne une démocratie sage et puissante. L'impasse de toutes les carrières lucratives ne forcera pas la population à se ruer exclusivement sur la terre, comme un essaim d'oiseaux affamés. La liberté éclairée par l'intérêt, donnant à chaque profession une moyenne raisonnable de bras, l'agriculture sera à l'abri d'un encombrement étouffant, et pourvoira sans parcimonie à la nourriture du paysan. La grande et brusque inégalité des fortunes fera place à une gradation mesurée des classes aisées, et la propriété moyenne et petite servira de point d'appui aux cultivateurs, qui la recruteront incessamment. Du reste, les longs baux ne s'harmonisent plus avec l'organisation démocratique du droit de propriété et ses tendances au mouvement. Cependant le fermier redoublera d'efforts et de soins pour que son bail satisfasse le propriétaire, et que ce dernier lui accorde pour le bail prochain une confiance justifiée par une bonne gestion.

Mais, quelle que soit la constitution de la société, et soit que les baux soient prolongés ou à court terme, si un sentiment hostile existe entre les propriétaires du sol et les cultivateurs, si les haines de religion, les différences d'origine, les souvenirs de conquête et de confiscation, etc., etc., établissent l'animadversion entre deux classes qui doivent marcher unies, le bail à ferme, loin d'être un asile assuré pour le travail, deviendra une source d'iniquités et de déceptions. Ce ne sera plus ce contrat de *bonne foi* dont parlent les jurisconsultes! les plus mauvaises passions s'y donneront rendez-vous. On verra la supercherie s'organiser pour combattre l'avidité spoliatrice; l'un mettra la force dans la balance, l'autre la ruse; la terre la plus fertile deviendra ingrate pour le colon; car mille abus, mille vexations, s'interposeront entre elle et lui pour laisser ses labeurs sans récompense. Que dirai-je alors? Le travail, frappé de stérilité, prendra conseil du désespoir, et la richesse privée, cet élément nécessaire de toute société organisée sur des bases complètes, la richesse privée, haïe et maudite, deviendra peut-être un don funeste de la Providence. C'est que, lorsqu'on en est arrivé à cette extrémité fatale, la société est bien voisine d'une dissolution.

Après ces vues générales sur la manifestation du bail à ferme dans les diverses formes de gouvernement, passons à son histoire spéciale chez les Romains et en France.

Nous trouverons ici, je crois, quelques aperçus utiles.

Je suppose qu'un érudit prenne un à un tous les textes du titre du Digeste, *Loc. cond.*, non pour y étudier la science du droit, étrangère à ses méditations, mais pour s'y instruire des mœurs et des usages des Romains; eh bien! cette lecture aurait encore son bon résultat et son côté piquant; car le louage se mêle aux habitudes intimes de la vie domestique comme aux grandes nécessités du commerce et de l'agriculture, et toutes ces choses se reflètent dans les écrits des jurisconsultes de Rome, toujours attentifs à inculquer les préceptes par l'application pratique. Toutefois, nous ne nous appesantirons pas sur ces détails anecdotiques; notre sujet n'a pas besoin d'épisodes pour se rendre intéressant (2).

Les Romains connurent trois grands systèmes pour la culture des terres: 1° l'exploitation par

(1) Consulter *infrà* (nos 31 et suiv.) l'histoire et les règles de l'emphytéose, on verra le rôle important que ce contrat a joué dans le Bas-Empire et dans le moyen âge.

(2) Une note suffira pour indiquer quelques exemples:

§ I. *Habitudes domestiques.*

1° Le bain, si cher aux Romains, se montre en première ligne, et la loi, l. 8, § 2, D. *Loc. cond.*, prévoit avec détail ce qui concerne les réparations des baignoires, des chaudières, des conduits et des tuyaux. Nous apprenons même que le bain était d'une si grande nécessité dans l'usage de la vie privée que les édiles avaient soin d'en louer au compte des municipes, afin que les habitants allassent se baigner gratis. (L. 30, § 1, D. *Loc. cond.*).

2° Il y avait dans les maisons un lieu appelé *horrea*, dans

des fermiers libres ; 2° l'exploitation par des colons partiaires ; 3° enfin l'exploitation par des esclaves soumis à la surveillance d'un régisseur stipendié (*villicus*) et esclave lui-même (1).

Ce dernier système était fort en usage en Italie, et il était peut-être le meilleur entre les mains de ceux qui, suivant le conseil de Magon, vendaient leur maison de ville le jour où ils achetaient une maison des champs (2), et qui allaient eux-mêmes diriger leurs gens avec la double autorité du maître sévère et de l'agronome intelligent. Caton le pratiquait dans ses domaines ; tout son traité *de Re rusticâ* s'adresse à des hommes qui faisaient valoir par eux-mêmes, ayant pour auxiliaires leurs régisseurs (*villicus*) et des esclaves. A l'époque où ce grand homme écrivait, l'agriculture était florissante et placée au premier rang parmi les plus nobles occupations de l'homme. « Ex agricolis, dit-il, et viri fortissimi, et milites strenuissimi gignuntur ; maximèque pius questus, habilissimusque consequitur, minimèque invidiosus ! » Le propriétaire ne dédaignait pas de se vouer au travail des champs : il y consacrait son temps et ses prédilections. C'est aussi pour de tels hommes qu'écrivait Varron. Son livre est dédié à Fundania, qui venait d'acheter un fonds de terre, et voulait le cultiver par lui-même (3).

Mais quand le propriétaire, absorbé par d'autres soins ou par d'autres goûts, vivait éloigné de ses domaines, ce système d'exploitation était le pire de tous (4). Il avait les innombrables inconvénients du régime des hommes d'affaires, que nous avons vu si funeste aux moyennes fortunes de la moyenne noblesse d'autrefois. L'histoire rapporte que lors-

---

lequel on avait coutume de serrer les objets précieux qui ne se mettent pas en évidence, tels que l'or, l'argent et les bijoux. (L. 60, § 6, D. *Loc. cond.*, l. 3, § *effract.* D. *de Officii præfect. vigil.*)

3° Les incendies étaient fréquents par l'incurie des locataires (l. 9, § 3, D. *Loc. cond.*; l. 2, même titre). V. au surplus *infr.*, n° 358, les détails historiques dans lesquels je suis entré à ce sujet.

4° Il y avait des gens qui, à Rome comme chez nous, se portaient locataires principaux d'une maison et sous-louaient en détail (l. 30, D. *Loc. cond.*).

5° Locataires logés dans les étages élevés de la maison, *cœnaculi*.

6° On avait des espèces de fiacres, *clisarii carrucarii* (l. 13, D. *Loc. cond.*).

7° Et des esclaves muletiers (l. 60, § 7, D. *Loc. cond.*).

8° Il y avait de plus des esclaves à qui le maître faisait apprendre des métiers et même des choses plus relevées, *servum docendum* (l. 13, § 3, D. *Loc. cond.*).

§ 2. *Commerce, industrie et professions.*

1° Bijoutiers qui travaillent l'or et sculptent les pierres précieuses (l. 13, § 5, D. *Loc. cond.*; l. 1, § 1, D. *loc. cit.*).

2° Entreprises de transports (l. 2, § 3, D. *Loc. cond.*).

3° Commerce par eau sur les rivières, par exemple de Rome à Minturne (l. 13, § 1, et l. 16, § 6, D. *Loc. cond.*). Une loi raconte à ce sujet cette particularité : Une femme était sur le bâtiment au nombre des passagers et elle accoucha pendant la route. La question que se pose le jurisconsulte n'est pas de savoir comment les autres passagers supportèrent cet incident assez désagréable; mais il se demande si cette femme devra le nolis pour son nouveau né (l. 19, § 7, D. *Loc. cond.*).

4° Le commerce fait arriver de la Campanie des vins délicats pour être servis sur la table des riches Romains (l. 2, § 3, D. *Loc. cond.*).

5° Il fait circuler les grains dans l'intérieur de l'empire, et la spéculation s'étend sur le transport comme sur la vente du froment (l. 31, D. *Loc. cond.*).

6° L'huile voyage aussi des points les plus éloignés ; la *Cyrénaïque*, que nous ne connaissons aujourd'hui que par sa stérilité, expédie des chargements pour Aquilée (*de Cyrenensi provinciâ Aquileiam*), et alimente l'Italie, qui ne suffit plus à ses besoins (l. 60, § 1, D. *Loc. cond.*).

7° Les objets d'art, des colonnes sculptées, des choses fragiles, circulent à l'envi pour alimenter le luxe de Rome et des provinces (l. 25, § 17, D. *Loc. cond.*).

8° Armateurs, capitaines de navire, pilotes (l. 13, § 2, D. *Loc. cond.*).

9° Entreprise de constructions et de bâtiments, travaux d'architecture (l. 22, § 2, D. *Loc. cond.*, et l. 52, § 1, même titre).

10° Il y a place aussi pour la petite industrie des décrasseurs d'habits (l. 13, § 6, D. *Loc. cond.*).

11° Des tailleurs, etc. (*sarcinatŏr, fullo*) (l. 25, § 7, D. *Loc. cond.*).

12° Et du pauvre berger qui loue son travail pour la garde des veaux et des chèvres (l. 9, §§ 4 et 5, D. *Loc. cond.*).

§ 3. *Finances de l'État.*

1° La république, propriétaire de grands domaines, était dans l'usage de les faire valoir en les louant (l. 13, § 11, D. *Loc. cond.*).

2° L'État percevait des droits d'entrée et de sortie, qu'il affermait (l. 7, C. *loc.* Pothier, *Pand.*, t. I, p. 547, note *e*).

§ 4. *Agriculture.*

1° Les troupeaux dont Caton conseillait la multiplication avaient dans les fermes (*villæ*), des logements plus ou moins considérables (l. 16, D. *Loc. cond.*).

2° Les fermes étaient également munies du matériel nécessaire pour la confection du vin : tonneaux pour vendanges (l. 19, § 1, *Loc. cond.*), pressoirs, etc., etc. (l. 19, § 2).

3° Et pour la confection de l'huile (l. 19, § 2, D. *Loc. cond.*).

4° On attachait beaucoup de prix aux engrais (*infr.* le commentaire de l'art. 1778).

5° On avait étudié les procédés agricoles qui conservent les terres et ceux qui les détériorent (l. 25, § 3, D. *Loc. cond.*).

6° Les fléaux naturels et les maladies qui assiégent les récoltes ; leur réaction sur la richesse agricole et sur le sort des fermiers n'avaient pas échappé aux jurisconsultes romains, qui eurent des notices très-solides sur l'agriculture (l. 26, §§ 2 et 4, D. *Loc. cond.*; l. 25, § 4, D. même titre).

§ 5. *Philosophie.*

1° La croyance dans la Divinité se retrouve ici comme ailleurs sous la plume toujours grave et morale des jurisconsultes de Rome (l. 25, § 6, D. *Loc. cond.*, Caius).

2° Ils nous révèlent de nouveau leur foi dans un droit naturel supérieur aux inventions de tel ou tel législateur (Paul, l. 1, D. *Loc. cond.*).

(1) Columelle, lib. I, c. 8.

(2) Pline, *Hist. nat.*, lib. XVIII, v. 11, 6.

(3) Quoniam emisti fundum, quem *benè colendo fructuosum facere velis* (c. 1).

(4) Columelle, lib. I, c. 7.

qu'Archytas revint de Métaponte, où il avait été étudier la philosophie, il trouva ses terres dans le plus fâcheux état de dépérissement et de dégradation par la faute de son intendant (1). Sa colère fut grande, mais pas assez cependant pour l'empêcher de penser aux préceptes de Pythagore. « Ah ! « que je te châtierais sévèrement, dit-il à ce gé- « rant infidèle, si je n'étais aussi irrité contre « toi (2) ! » Cette parole est restée comme un des plus beaux traits de la modération philosophique, et aussi comme un exemple, entre mille, de l'ancienneté de certaines pratiques des intendants (3).

Or donc, pour ceux qui voulaient être tout à la ois citadins et propriétaires ruraux, sans pouvoir veiller par eux-mêmes à la culture de leurs domaines, il y avait un système préférable, c'était celui du bail à ferme. Les économistes de l'antiquité le recommandent (4). Le soin avec lequel les jurisconsultes romains ont traité les principes et les applications de ce contrat, prouve combien il était fréquent dans la pratique. Il y avait des fermiers qui payaient en argent (5), d'autres qui s'acquittaient en nature (6); les baux présentaient, à cet égard, autant de diversité que chez nous. Columelle recommandait au propriétaire d'agir avec douceur avec son fermier, et de se montrer facile dans ses rapports avec lui (7): « Soyez plus exi- « geant pour son travail, disait-il, que pour son « fermage. Le fermier qui cultive bien ne vous « demandera pas de réduction, à moins que les « fléaux du ciel ne viennent le contrarier (8). Ne « soyez pas minutieux, surtout sur l'exercice des « droits que vous donne le bail, et sur l'accom- « plissement de certains devoirs qui donnent au « cultivateur plus de fatigues que de dépenses. « *Nam summum jus antiqui summam putabant* « *crucem*. Toutefois, n'abandonnez pas entière- « ment ce qui vous est dû ; l'usurier Alphius « avait coutume de dire qu'une bonne créance « devient mauvaise quand on la laisse sommeil- « ler. »

Souvent les baux étaient de cinq ans (9); mais les pères de famille soigneux de leurs intérêts préféraient toujours pour fermiers ceux qui étaient nés sur leurs terres. C'était la maxime de Volusius (10), sénateur illustre, qui fut l'artisan de la grande opulence de sa maison (11). En effet, le fermier héréditaire s'attache au sol ; il le cultive avec affection ; son intérêt est à la fois de le ménager et de le féconder, tandis que le fermier transitoire, pressé de jouir, lui arrache en un jour les forces productives de plusieurs années.

En général, les Romains ne paraissent pas avoir eu pour les baux indéfinis et perpétuels les susceptibilités de notre droit moderne. Caïus parle de locations faites à perpétuité (12). On avait coutume d'affermer ainsi les vastes propriétés appartenant aux villes, c'est-à-dire l'*ager vectigalis*, qui joue un si grand rôle dans l'histoire du *louage* (13). Les baux à court terme, ainsi que je l'ai déjà dit, s'harmonisent mieux avec la petite propriété qu'avec la grande ; celle-là est trop mobile, trop démocratique (si je puis parler ainsi), pour supporter la gêne des longs baux : mais la grande propriété, élément nécessaire de toute société aristocratique, la grande propriété, dis-je, dont toutes les tendances inclinent vers la perpétuité et l'immobilité, marche toujours accompagée de très-longs baux ; les longs baux représentent dans l'administration des fortunes le principe de leur existence et de leur solidité. Assurément ces six citoyens qui possédaient à eux seuls la moitié de l'Afrique, lorsque Néron les fit périr (14), ne pouvaient remanier souvent le personnel de leurs fermiers.

Indépendamment du bail à ferme, il y avait une autre combinaison qui, sans avoir le même mérite que la précédente, était cependant préférable à la gestion d'un intendant mercenaire et infidèle. C'était le colonage partiaire que Caïus assimilait à

(1) Animadvertit, NEGLIGENTIA VILLICI, *rura sua corrupta et perdita* (Valer. Maxim., lib. IV, *de Moderat. in extremis*, n° 1).

(2) Quo te modo accepissem, nisi iratus essem (Cicer., *Tuscul.*, lib. IV, n° 36). Valère-Maxime lui fait dire : « *Sumpsissem* « *a te supplicium, nisi tibi iratus essem.* » (*loc. cit.*)

(3) Les traducteurs de Cicéron et de Valère-Maxime ont traduit le mot *villicus*, dont ces auteurs se servent, par celui de *fermier*. Il y a là une inexactitude très-grave.

(4) Colum., lib. I, c. 7. « Pejorem rem esse urbanum colonum, « qui per familiam mavult agrum quàm per se colere... Propter « quod, operam dandam esse ut et rusticos et eosdem assiduos « colonos retineamus, cum aut nobismetipsis aut per domesticos « colere non expediret. »

« ...... In longinquis tamen fundis, in quos non est facilis excur- « sus patrisfamilias, omne genus agri tolerabilius *est* SUB LIBERIS « COLONIS, *quàm* sub *villicis servis, habere.* » Voy. aussi Gibbon, t. VI, p. 18.

(5) *Colonis qui nummis colet.* Paul, l. 26, § 1, D. *de Furtis*, *infr.*, n° 3.

(6) *Diocl.* et *Max.*, l. 21, C. de *Loc. cond.*

(7) Comiter agat cum colonis facilemque se præbeat (lib. 1, c. 7).

(8) Remissionem colonus petere non audet (*loc. cit.*).

(9) Paul, l. 24, § 2 et 4, D. *Loc. cond.*

(10) Sed et ipse nostrâ memoriâ veterem consularem visumque opulentissimum L. Volusium asseverantem audivi, patrisfamilias felicissimum fundum esse, qui colonos indigenas haberet, et *tanquam in paternâ possessione natos jam indè à cunabulis longâ familiaritate retineret.* ITA CERTÈ MEA FERT OPINIO REM MALAM ESSE FREQUENTEM LOCATIONEM FUNDI (Columelle, lib. I, c. 7. *Jurg.*, Gibbon, t. VI, p. 18).

(11) Tacite, Annal., lib. III, c. 30. « Opumque quis (quibus) « domus illa immensam viguit *primus accumulator.* »

(12) Inst. III, n° 145. Gordian, l. 3, C. *De loc. infr.*, n° 4.

(13) *Infr.*, p. 144. 145.

(14) *Semissem Africæ*, dit Pline (liv. 18, c. 7). *Infr.*, p. 146.

une société entre le maître et le preneur (1).

Du reste, les fermiers et les colons partiaires, pris dans les rangs de la population libre, avaient à leur service des esclaves sur lesquels retombaient les travaux les plus rudes (2). Pline conseillait de ménager ces infortunés; car tout ce qui est fait par des hommes désespérés n'est jamais bien fait. « *Coli rura ab ergastulis* (3) *pessimum est, et quid-* « *quid agitur à desperantibus* (4). » On voit aussi, par la loi 112, au Dig. *de legat.* 1°, qu'il y avait des esclaves ruraux attachés aux fonds de terre et inséparables du sol (5).

Tel fut le triple état des choses dont nous instruisirent les lois et les auteurs de l'époque classique.

Mais quand on arrive à la législation des empereurs chrétiens, un nouvelle classe de cultivateurs se révèle tout à coup, et le mot *colonus*, qui jusque-là avait plutôt désigné le cultivateur libre, propriétaire (6), ou fermier (7), prend une acception plus large; il s'étend spécialement à une condition intermédiaire entre l'esclavage et la liberté. Le colon, tel que les constitutions des empereurs nous le représentent, n'est plus le colon des anciens temps, celui à qui s'adressent les préceptes de Caton et les réponses des jurisconsultes; c'est un nouvel état social d'hommes attachés à la culture. Quel a été le point de départ de ce grand changement? quels ont été ses progrès, ses transformations? Ce sont là des problèmes historiques fort obscurs. Nous essayerons plus tard d'émettre quelques idées sur une question qui se rattache à l'origine d'une des fractions les plus importantes de la démocratie moderne. En attendant, signalons les principaux caractères du colonat, tel que nous le voyons organisé sous les empereurs (8).

Je parlais tout à l'heure des esclaves attachés à des fonds de terre et inséparables du sol. Cette classe n'avait pas disparu aux temps où je suis arrivé; les lois en font encore mention (9); mais il ne faut pas la confondre avec la classe des colons dont je vais m'occuper. Les esclaves sont les agents passifs des plus rudes labeurs de l'agriculture; pour salaire le maître ne leur donne que la nourriture, le logement, à peu près comme aux bêtes de somme destinées à l'exploitation des terres; mais les colons, quoique tenant d'assez près à l'état servile, exercent une espèce d'industrie; ils sont, en quelque sorte, les fermiers perpétuels des domaines auxquels leur naissance ou la convention les attache (10); ils payent au propriétaire une redevance annuelle. C'est là surtout le point caractéristique pour le sujet qui nous occupe.

Une constitution de Valentinien (11) exigeait que cette redevance fût payée en nature, à moins d'usages contraires (12), désirant en cela favoriser les colons (13), souvent embarrassés pour convertir en argent les fruits de la chose. Quelques érudits ont vu dans cette constitution une des causes principales qui ont maintenu et développé les cultures à mi-fruit dans les provinces où nous les voyons encore si fréquentes (14). Cette redevance était fixe; il était défendu au maître de l'élever. Les constitutions impériales voulant sauver une classe de personnes si utiles à l'agriculture, de l'avarice des propriétaires, autorisaient tout colon de qui son maître exigeait plus que la redevance accoutumée et déterminée par l'usage ancien du domaine, à s'adresser

---

(1) *Infr.*, n° 636.

(2) L. 27, § 11, D. *ad leg. aquil.* La loi 7, C. *de Agricol.*, les appelle *servi rustici.*

(3) Esclaves enchaînés.

(4) *Hist. nat.*, lib. 18, c. 7.

(5) « Si quis *inquilinos* sine prædiis *quibus* ADHÆRENT legaverit, « inutile est legatum. » Cujas, sur cette loi, dit : « Inquilinos quos « vocat? An ædium conductores? minimè !! Sed eos quos veteres « appellarunt *operarios*, quorum operâ prædia custodiebantur « et colebantur. Hi *prædiis perpetuo adhærebant cum progenie* « *suâ.* »

(6) Caton dit que pour désigner un homme de bien on disait *bonum agricolam, bonumque colonum.* Voici ses paroles : « Et « virum bonum cum laudabant, ita laudabant : *bonum agrico-* « *lam, bonumque colonum.* » (*De Re rusticâ*, préface.)

(7) Le mot *colonum* est employé dans ce sens dans le Digeste. *Passim.*

(8) Les sources sont :

1° Code Theod., l. V, t. 9, *De fugitivis colonis inquilinis et servis.* T. 10, *De inquilinis et colonis.* T. 11, *Ne colonus, inscio domino, suum alienet vel peculium*, etc.;

2° Cod. Just. liv. XI, t. 47, 49, 50, 51, 52, 63, 67. — *De Agricolis et censitis, et colonis.* — *In quibus causis coloni censiti.* — *De colonis Palæstinis.* — *De colonis Thracensibus.* — *De colonis Illyricianis.* — *De fugitivis colonis.* — *De Agricolis et mancipiis dominicis vel fiscalibus rei publicæ et rei privatæ.* — *De prædiis Tamiacis;*

3° Novel. de Just., 54, 156, 157, 162, C. II et III;

4° Const. de Justinien *De adscriptitiis et colonis*, tirée de Julien.

Const. de Justin. *De filiis liberarum.*

Const. de Tibère Constance *De filiis colonorum.*

(9) La loi 7 au C. *De Agricolis* les appelle *servos rusticos.*

(10) Coloni, dit Isidore, lib. IX, c. 4 « sunt cultores advenæ, dicti à culturæ agri sunt enim aliundè venientes; atque *alienum agrum* LOCATUM *tenentes* ac debentes conditionem genitali solo, propter agriculturam, *sub dominio possessoris, pro eo quod iis* LOCATUS EST FUNDUS. » Ces dernières paroles se retrouvent dans saint Augustin (mort en 430, sous Justinien.) « Appellantur coloni, « qui *conditionem debent genitali solo propter agriculturam,* « *sub dominio possessorum* » (*De Civit. Dei*, liv. X, ch. 1, n° 2).

V. Ducange, v° *Colonus.*

Et Dunod, *Prescription*, p. 343 et 344.

(11) L. 5, C. *De Agricolis;* elle est souvent appelée *reditus annuæ pensionis.*

(12) V. la loi 20, C. *De Agricolis*, qui raisonne dans un cas de payement en argent.

(13) La loi V se sert du mot *rustici.*

(14) *Infr.*, n° 636. Je cite un passage de Pasquier.

au juge afin de faire réprimer ces exigences, et de forcer le propriétaire à rendre ce qu'il aurait exigé de trop par une telle superexaction (1). C'était là pour les agriculteurs une importante garantie (2), ils pouvaient se livrer à des améliorations et augmenter leur aisance sans crainte de se voir arracher le fruit de leurs sueurs par une main jalouse.

Une autre garantie leur était assurée ; c'est qu'il n'était pas permis de les séparer du domaine ; le propriétaire ne pouvait les vendre qu'avec la terre, et la terre ne pouvait être vendue sans eux (3). Lorsque l'héritage était soumis à des partages de succession, on prenait des précautions pour que les familles de colons ne fussent pas divisées. Qui aurait pu supporter, disent les lois (4), que les enfants fussent séparés de leurs parents, les sœurs de leurs frères, les femmes de leurs maris?

Toutefois le propriétaire de plusieurs fonds pouvait distraire des colons de ceux qui en avaient trop, pour les transporter dans ceux qui n'en avaient pas assez. L'intérêt de l'agriculture l'emportait ici sur les convenances du colon. Mais dans ces déplacements, on s'appliquait toujours à ne pas séparer les membres d'une même famille (5).

Ainsi, soit sous le rapport des liens du sang, soit sous le rapport de la sécurité des possessions, le sort des colons avait été environné de certaines précautions tutélaires. Leur lien héréditaire à l'immeuble qui les avait vus naître, leur donnait pour cette autre patrie une affection qui devait tourner au profit de l'agriculture.

Mais sous d'autres points de vue, leur condition était fort dure.

S'ils n'étaient pas tout à fait esclaves, ils se rapprochaient cependant de l'état servile par plusieurs points de contact. On les a divisés en deux classes, l'une composée des *adscriptitii, tributarii, censiti*; l'autre, d'une autre classe de colons, appelés proprement *coloni*, ou *coloni liberi*, et plus avancés que ceux-là dans la condition des personnes libres (6) ; et il faut convenir que le texte de plusieurs constitutions favorise cette division (7). Mais cette seconde classe de colons était une exception. Elle ne comprenait que les hommes d'origine libre, devenus colons par la prescription de trente ans (8), et les enfants procréés du mariage d'un colon et d'une femme libre (9). Je dirai plus tard en quoi consistaient leurs privileges. Mais en général le mot *colon* est employé comme générique ; il embrasse les deux divisions dont je viens de parler (10), et quand on cherche de plus près en quoi consistait, en fait, ce plus haut degré de liberté dont aurait joui une certaine classe de colons, on s'aperçoit que, dans la pratique, la violence et l'abus avaient fait disparaître les distinctions de la loi!

D'abord, tous sont attachés à la glèbe : *glebæ inhærens præcipimus* (11); s'ils prennent la fuite, ils sont poursuivis, traqués comme des animaux, et restitués au fonds dont ils sont originaires (12). Ils sont esclaves de la terre sur laquelle ils sont nés. *Servi terræ ipsius, cui nati sunt* (13).

Ils sont soumis à des châtiments corporels (14).

Ils ne peuvent intenter aucune action en justice contre le maître, si ce n'est pour crime de la part de celui-ci (15), ou pour cause de superexaction (16).

La capitation pèse sur eux tous sans exception. On sait que dans l'empire romain, le trésor public percevait deux grandes contributions (17), la contribution foncière, payée par le propriétaire (18), et la capitation ou contribution personnelle, espèce de taille (19), payée par ceux qui, n'ayant aucune propriété, n'étaient pas atteints par la contribution foncière (20). La contribution foncière se prélevait d'après un cadastre dont les registres désignaient la nature des terres, champs, pâturages, prés, bois, et les troupeaux et les esclaves (21). Pour ce

(1) L. 1, C. *In quibus causis coloni censiti* (Constantinus).
L. 2 (Arcadius et Honorius).
(2) M. Guizot, t. IV, p. 243.
(3) L. 7, C. *De Agricolis*; elle parle des *originarii* et des *servi, rustici, censitique*.
La loi 2 (de Constance) parle des *colonos*.
(4) L. 2, C. *Comm. utriusq. judiciis*.
(5) L. 13, C. *De Agricolis*.
(6) V. Cujas, sur le titre du C. *De Agricolis*, et Pothier, *Pand.*, t. I, *des Personnes*.
(7) V. notamment la loi XIX, au C. *De Agricolis*.
(8) L. 19, C. *De Agricolis*.
(9) Novel., 162, c. II.
(10) *Coloni censiti* (tit. du C. *In quib. causis coloni censiti*).
Colonum adscriptitium (l. 22 et 23, C. *De Agricolis*).
Coloni censibus adscripti (l. 2, C. *In quib. causis*).
Coloni tributarii (l. 1, C. *de Col. Thrac.*).
Coloni originarii (l. 2. C. id.).
(11) L. 15, C. *De Agricolis*.
(12) L. 6, C. *De Agricolis*, elle s'adresse aux *adscriptitii*, *colonni*, *inquilini*.
L. I, C. *De colon. Palæstinis*.
L. 11 et 12, C. *De Agricolis*.
(13) L. 1, C. *De col. Thrac.*
(14) C. Théod., l. 52 et 54, *De Hæret.*
C. Just., l. 24, C. *De Agricol.*
(15) L. 2, C. *In quib. censis col.*
(16) V. ce que j'ai dit là-dessus tout à l'heure.
(17) Gibbon, t. III, p. 384.
(18) On l'appelait *terrena capitatio, terrena fugatio*.
(19) On l'appelait *humana capitatio, capitalis illatio, capitatio plebeja*.
(20) Savigny (V. *Thémis*, t. IX, p. 74).
(21) Gibbon (*loc. cit.*).

qui concerne la contribution personnelle, on tenait des registres du cens sur lesquels étaient inscrits tous les individus taillables. Cet impôt, odieux par son énormité, avait été aboli dans les villes (1); mais il pesait de tout son poids sur les agriculteurs non propriétaires, qui, formant presque à eux seuls la classe des accensés, avaient reçu le nom d'*adscriptitii, tributarii, censibus adscripti*, à cause de leur inscription sur les tables du cens (2). Dans l'origine, chaque homme était compté pour une tête, et deux femmes formaient une tête imposable. Mais par la suite, la législation s'adoucit un peu; il fallut deux ou trois hommes et quatre femmes pour former une tête (3). Le propriétaire était responsable du payement de cet impôt; il était tenu directement envers le fisc, sauf son recours contre ses colons (4). Comme la capitation alla toujours en croissant à mesure que les désastres publics et les dilapidations administratives appauvrissaient le trésor, toute la rigueur de cet impôt cruel retombait en définitive sur la classe la plus laborieuse et la plus utile pour l'agriculture. Ce fut une des causes les plus réelles de la décadence de la population agricole, et de cet abandon désolant et inouï de la propriété que j'ai signalé plus bas (5). Dans quelques provinces, le gouvernement fut touché de la détresse des laboureurs; on le voit exempter de la capitation les colons de Thrace, d'Illyrie et de l'Église de Thessalonique (6).

Mais, du moins, les colons peuvent-ils acquérir et aliéner?

Acquérir, oui! Ils sont capables de posséder (7); ils jouissent personnellement de ce qu'ils acquièrent (8); leur pécule augmente leur aisance, et les aide à supporter le fardeau des impôts; ils le transmettent à leurs enfants. Mais ils ne peuvent aliéner sans le consentement du maître (9), et sous ce rapport on peut dire qu'ils n'ont rien en propre et qu'ils acquièrent pour leur patron (10).

Il y a cependant une classe de colons privilégiés qui peuvent disposer librement de leurs biens: ce sont les individus libres devenus colons par la prescription de trente ans (11), et ceux qui sont nés du mariage d'un colon avec une femme libre (12). Mais, comme le remarque Cujas, ce droit de propriété demeure vain dans la pratique (13); témoin ces plaintes éloquentes de Salvien: « Or donc, les « hommes libres mis en fuite par les exacteurs ou « par l'ennemi, et ne pouvant conserver leur demeure et la dignité de leur naissance, se soumettent au joug de l'inquilinat; les exactions « les forcent à *s'exiler de leur condition et de leur* « *patrimoine et à perdre leur propriété et leur liberté*; ils sont traités comme étrangers, puis « *comme esclaves*; on les convertit en esclaves, « quoique leur ingénuité soit certaine (14). »

Maintenant, si l'on résume dans sa pensée toutes ces restrictions apportées à la liberté des colons, peut-on s'étonner de voir Justinien hésiter pour trouver la différence qui les sépare des esclaves (15)? Peut-on s'étonner d'entendre les lois leur conseiller de ne pas vanter leur liberté, eux qui sont attachés à la terre (16), et les mettre en opposition avec les hommes libres comme formant une classe à part (17).

Cependant d'autres lois les séparent de la catégorie des esclaves (18), et les appellent libres (19), et même ingénus (20); ils peuvent contracter de véritables mariages (21).

La vérité est qu'ils sont dans une condition intermédiaire et mixte; ils sont pleinement libres à l'égard des tiers (22); ils sont, quant à leurs personnes, plus près de la liberté que de l'esclavage. Mais, dans leurs rapports avec le sol, ils sont esclaves; ils sont liés à lui par une chaîne indisso-

(1) L. 1, C. *De Capitat. civit. cens.*

(2) Tous les colons et même les esclaves rustiques payaient la capitation. L. 3, au C. *De Agricol.*, avec le comm. de Cujas. V. aussi *Thémis*, t. IX, p. 71.

(3) Valent., l. 10, C. *De Agricol.*

(4) L. 4, C. *De Agricol.*, et Cujas sur cette loi.

Novelle, 144.

(5) N° 31.

(6) L. 1, C. *De col. Thrac.*

L. 1, C. *De col. Illyr.*

Cujas, sur la loi 8, C. *De Exactionibus.*

(7) L. 4, C. *De Agricol.*, qui s'adresse aux *originarii.*

(8) On a vu que le maître ne pouvait rien exiger d'eux au delà du canon.

Junge, l'argument tiré de la loi 54, C. *Theod. de hæret.* et de la loi 20, C. *De Episcop.*

(9) L. 2, C. *In quib. cens. coloni.*

(10) Cuiquam colonorum, *ignorante domino prædii*, aut vendere aut alio modo alienare non licet... quem ne *propria* quidem leges i juris habere voluerint, *et adquirendi tantùm, non etiam transferendi potestate permissâ, domino adquirere et habere voluerint*, l. 2, C. *In quib. causis* (*Arcad. et Honor.*).

Junge, Anastas. L. 19, C. *De Agricol.*

(11) L. 19, C. *De Agricol.*

(12) Nov., 162, c. II.

V. *Thémis*, t. IX, p. 66 et 74.

(13) Sur la loi 19, C. *De Agricol.*

(14) Salvien, *De Gubernat. Dei*, lib. V.

(15) L. 2, C. *De Agricol.*

(16) Nullus omninò *colonorum* suo jure velut vagus *ac liber exultet*, sed *domino fundi ita teneatur, ut non possit abscedere.* (L. 1, C. *De col. Palæst.*, Valent.).

(17) L. 12, C. D. *Agricol.*

(18) L. 21, C. *De Agricol.*

(19) L. 2, *In quibus censis col.*

(20) L. 1, C. *De col. Thrac.*

(21) L. 24, C. *De Agricol.*

Nov., Valent., t. 9.

(22) L. 2, C. *In quib. censis.*

luble, et, quand ils le quittent frauduleusement, une inévitable nécessité les ramène à la glèbe.

Le cri douloureux jeté par Salvien, nous a fait connaître l'une des causes par lesquelles se recrutait la classe des colons ; c'était la triste et funeste convention par laquelle un homme libre, s'exilant de sa propre condition (1), se soumettait volontairement à cet état d'infériorité (2), aimant mieux être le colon du riche (3), que d'avoir à supporter les misères plus grandes encore attachées à l'état de petit propriétaire indépendant, et toutes les charges extraordinaires qui accablaient les citoyens (4). Il y a des positions politiques dans lesquelles le servage est préférable à la liberté. Mais malheur aux sociétés où le plus beau don que Dieu ait fait à l'homme est répudié par lui comme un insupportable fardeau!

Le colonat s'établissait aussi par prescription ; quand un homme libre avait vécu pendant trente ans comme colon, le propriétaire acquérait sur lui et sur sa race les droits du colonat (5).

Enfin on était colon par la naissance. La condition de la mère déterminait en général celle des enfants. « Cependant, dit M. Guizot, si le père « était colon et la mère libre, le principe fléchis« sait ; ou, pour mieux dire, la législation varia, « et l'enfant suivit tantôt la condition du père, « tantôt la condition de la mère. A tout prendre, « l'effort général de la législation était de retenir « un aussi grand nombre d'individus qu'il se pou« vait dans la classe des colons (6). »

Tels sont les traits les plus saillants de l'état civil et politique des colons. Quelle a été l'origine, quel a été le noyau de cette classe devenue si importante dans l'histoire du Bas-Empire? Ce problème a exercé la plume d'un de nos plus savants historiens, M. Guizot. Cet illustre écrivain en trouve la solution dans l'organisation de la famille gauloise avant la conquête, et dans l'existence des clans dont les chefs nous apparaissent, dans César, entourés d'une population qui vivait sur leurs domaines avec le droit héréditaire de les cultiver moyennant une redevance, et les suivait à la guerre; les chefs du clan furent exterminés par les Romains ; les conquérants se mirent à leur place. Mais la population agricole resta dans son état ; elle forma cette classe de colons gallo-romains dont l'administration romaine régularisa les rapports de dépendance et les droits (7).

Mais j'avoue que cette explication, tout ingénieuse qu'elle est, laisse des doutes dans mon esprit. Le colonat, en effet, ne fut pas une condition particulière à la Gaule (8) ; il existait avec de larges développements dans l'Italie (9), l'Illyrie (10), la Thrace (11), la Palestine (12). Or l'organisation de la famille gauloise ne saurait donner le secret d'un fait aussi général, d'un fait qui se manifeste en Orient comme en Occident avec une constante uniformité.

Avant M. Guizot, d'autres solutions avaient été tentées ; M. de Savigny les a examinées ; toutes ont jeté son esprit scrupuleux dans des hésitations tellement graves, qu'il lui paraît à peu près impossible d'arriver à une conclusion satisfaisante.

Il en est une cependant qui, je dois l'avouer, me captive à un haut degré : c'est l'opinion si naturelle et si simple, qui voit dans les colons des hommes sortis de l'esclavage pour entrer dans les premières voies de la liberté civile. Le nom de patron que conserve leur maître (13) indique cette source comme très-probable. Dira-t-on qu'un affranchissement modifié par les restrictions qui pesaient héréditairement sur les colons, était contraire aux principes du droit (14)? Je sais que cette objection est sérieuse ; mais toutefois n'arrive-t-il pas souvent que les mœurs modifient les lois les moins flexibles? Est-il toujours possible d'emprisonner dans un cercle donné les besoins sociaux qui aspirent à se faire jour? Qu'y a-t-il de plus puissant, de plus invincible que ces métamorphoses auxquelles la civilisation travaille en secret dans le sein des peuples, pour les révéler un jour et les imposer au législateur étonné et dépassé?

Or, que voyons-nous dans cette société romaine, telle que les jurisconsultes classiques l'ont laissée? Quels besoins la travaillent?

Les grandes propriétés se sont concentrées dans les mains d'un petit nombre de riches, et la classe moyenne a été décimée progressivement (15). Denys d'Halicarnasse, contemporain d'Auguste, assure que la plupart des villes qui florissaient jadis, sont de son temps désertes et désolées! Tarente et An-

(1) Suæ conditionis exulantes (Salv., *loc. cit.*).
(2) *Junge*, nov. Valent., t. 9, et la loi 22, C. *De Agricol.*
(3) Salvien, *loc. cit.* « *Colonis divitum fiunt*, jugo se inquilinæ abjectionis addicunt. »
(4) Les colons en étaient exempts, l. I, C. *De Agricol.*
(5) L. 19, C. *De Agricol.*
(6) T. IV, p. 245. V. nov. 54, et la loi 24, C. *De Agricol.*, nov. C, t. XVII, *Thémis*, t. IX, p. 65.
(7) T. IV, p. 246 et suiv.
(8) L. 13 et 14, C. *De Agricol.*
(9) L. 3, C. *Theod.*, de censu, l. 2, C. *De Agricol.*
(10) *De col. Illyr.*, au Cod.
(11) Au C. *De col. Thrac.*
(12) Au C. *De col. Palæst.*
(13) L. 1, C. *Theod. ne Colonus.*
(14) M. de Savigny ; voyez aussi dans *Thémis*, t. IX, p. 85.
(15) *Minor in dies plebs* INGENUA, Tacite, annal., lib. IV, c. 27.

tium, veuves de leurs citoyens, reçoivent sous Néron des colonies de vétérans, qui bientôt les abandonnent et se dispersent (1) ! Sous Gallien, Alexandrie a perdu la moitié de ses habitants (2), et la Campanie n'offre plus, sous le règne de Constantin, que des terres incultes à la place des richesses et des délices d'autrefois (3).

En même temps la culture est abandonnée, et les terres labourables se convertissent en pâturages (4). L'Italie ne peut plus se vanter d'être la mère des moissons :

Saturnia tellus,
Magna parens frugum (5).

Ah! si Virgile la voyait, il ferait entendre des cris de douleur à la place de son chant de triomphe et d'amour; car elle ne peut plus nourrir un peuple affamé! il faut faire venir des grains de l'Afrique et de l'Égypte, mettre les provinces les plus lointaines à contribution, et, comme le disait Tibère au sénat, livrer l'existence du peuple romain aux caprices des vents et des flots (6).

Mais à côté du paupérisme qui demande du pain et des jeux, s'élèvent quelques familles opulentes, dont les domaines sont presque des empires. N'ai-je pas parlé plus haut de ces six citoyens qui possédaient à eux seuls la moitié de l'Afrique (7)? Rappellerai-je ces rivières qui jadis avaient séparé des nations ennemies, et qui traversaient les terres d'un simple particulier (8), et ces domaines où l'on comptait jusqu'à six milles esclaves (9) : *Villarumne infinita spatia, familiarum numerum et* NATIONES (10)!

Voilà donc les plaies qui rongent l'Italie; d'immenses propriétés et des nations d'esclaves! et le mal s'étend jusqu'aux provinces (11).

Que faire cependant? La civilisation restera-t-elle impuissante? ne tentera-t-elle rien pour l'État qui ne sait rien faire pour se sauver? ne saura-t-elle pas franchir les barrières que lui opposent et une incessante corruption et des lois stériles?

Il y a dans l'histoire une vérité souvent confirmée par les faits : c'est que, lorsque la classe moyenne manque, l'agriculture, faute de fermiers libres, retombe aux mains des esclaves.

Mais que peuvent des bras serviles quand le maître s'endort dans le luxe et la mollesse (12), quand il n'est pas là pour donner lui-même l'impulsion?

Une seule combinaison peut assurer des résultats avantageux : c'est d'intéresser l'esclave à son travail par une part dans les profits, et par une somme plus grande de liberté : le principe de tout effort et de toute constance est dans ce double encouragement.

Les propriétaires durent le sentir. Alors le colonat prit naissance; le maître choisit parmi ses esclaves les plus laborieux et les plus intelligents; il leur donna une existence plus libre et des terres à cultiver. Mais il les attacha au sol, eux et toute leur race, par les liens d'un bail perpétuel (13), combiné avec quelques restrictions d'une pleine liberté.

Or, ce fut là un progrès considérable; les esclaves durent l'accepter avec reconnaissance; s'inquiétant peu de savoir si le microscope du légiste y voyait quelques anomalies. En effet, le colonat ne traite pas l'agriculteur en esclave; il lui ouvre les portes de la vie libre, il fait de lui une espèce de client.

Il ne le condamne pas à la dure existence du manouvrier, c'est une industrie qu'il lui demande. Il lui laisse la jouissance de la terre; il lui en abandonne tous les produits, moins la part dominicale. En un mot, il l'élève au rang de fermier, ou de cultivateur à mi-fruit.

Et l'on s'étonnerait que le colonat fût venu comme palliatif de la grande propriété, comme intermédiaire entre l'esclave qui recule devant le travail et le maître qui languit devant ses richesses improductives?

Cette transition de l'esclavage à l'état meilleur du colon à culture perpétuelle, s'est faite mystérieusement. C'est que, dans les campagnes, les métamorphoses qui s'opèrent dans l'état des personnes et des choses, n'ont pas l'éclat bruyant des révolutions conduites par les cités. La législation a trouvé un beau jour le colonat en possession de la société; alors elle a dû le reconnaître et formuler ses lois; elle s'en est même servie comme d'une base de l'impôt.

---

(1) Tacite, *Annal.*, lib. 14, c. 27.
(2) *Infr.*, n° 31, p. 35.
Gibbon, t. II, p. 180.
(3) *Infr.*, n° 31, p. 35.
Gibbon, t. III, p. 387.
(4) Varron, *De re rusticâ*, lib. II, *præf.*
Colum., id., lib. I, *præf.*
(5) Virgile, *Géorg.*, liv. II.
(6) Tacite, *Annal.*, lib. III, 54.
(7) Pline, lib. XVIII, c. 7.

(8) *Infr.*, n° 31. Gibbon, t. VI, p. 33, 34.
(9) *Infr.*, n° 31, p. 35.
(10) Tacite, *Annal.*, lib. III, 53.
(11) Latifundia perdidère Italiam; *jam vero et provincias* (Pline, lib. XVIII, c. 7.)
(12) Voyez, dans Tacite, la lettre de Tibère au sénat, lib. III, c. 53, 54.
(13) On sait que les baux perpétuels furent connus des Romains (Caius, Inst., lib. III, n° 145; Gordien, l. 3, C. *Loc. cond.*).

Le colonat, une fois donné par les besoins de la culture, dut voir ses rangs s'accroître et se peupler par plus d'une misère sociale.

Dans une société où l'homme libre était réduit à se vendre comme esclave (1), plus d'un ingénu dut se vendre ou se livrer comme colon. Les lamentables récits de Salvien nous ont montré cette dégradation de la liberté. Les lois ne veulent pas dire autre chose quand elles parlent de contrats et de prescription. Ainsi, l'esclavage avait formé la première couche du colonat; la liberté malheureuse forma la seconde (2).

La prescription dut particulièrement s'appesantir sur les fermiers héréditaires ou perpétuels dont, je le répète, Rome eut beaucoup d'exemples (3). Les possessions héréditaires et perpétuelles peuvent dégénérer de deux manières : ou le détenteur, oubliant l'origine de la chose, finit par se persuader qu'il en est propriétaire; ou le propriétaire finit pas étendre jusqu'au détenteur les droits qu'il a sur la chose.

De ces deux métamorphoses, la première s'est vue lors de notre première révolution. La conversion des baux à cens, des baux à rente, des baux à locatairie perpétuelle, en toute propriété, au profit de ceux qui primitivement ne furent que des détenteurs limités dans leurs droits, en est la preuve éclatante. Le colonat nous donne une manifestation de la seconde.

Des hommes ingénus de naissance ont pris des terres à ferme par baux perpétuels; ils vécurent à des époques désastreuses, où la classe moyenne voyait chaque jour ses rangs s'abîmer, où la petite propriété s'écroulait, entraînant ses maîtres dans sa chute; où les grands domaines et les grands propriétaires écrasaient la population libre, mais pauvre! Ces fermiers, seuls et sans défense, ont-ils pu échapper tous à ce système général d'oppression? Croit-on qu'après les guerres civiles et les proscriptions qui firent changer de mains la plus grande partie des propriétés, les maîtres insolents que donnait la victoire se soient montrés bien scrupuleux sur la limite de leurs droits et de ceux des fermiers héréditaires? Croit-on que ces vétérans, qu'on envoyait pour repeupler les cités et les campagnes désolées par la famine, aient oublié leurs habitudes de licence, de dissipation et de prodigalités, et se soient fait scrupule de traiter leurs fermiers militairement?

D'un autre côté, ces fermiers héréditaires, fixés loin du mouvement des villes, dans le sein des campagnes auxquelles les avait voués la loi du contrat primitif, passaient leur vie au milieu des esclaves rustiques attachés à l'exploitation. Comme ceux-ci, ils naissaient sur le domaine affermé; comme eux ils étaient destinés à y vivre et à y mourir : tous partageaient, quoique à différents degrés, les travaux de la culture (4). Probablement, cette communauté d'existence et de labeurs a dû rapprocher deux conditions originairement distinctes, et la première s'est amoindrie, par d'insensibles dégradations, jusqu'à un rang très-voisin de la seconde. Les grands propriétaires, oublieux du contrat primitif, effacé par la nuit des temps et les ravages des révolutions, auront confondu avec un assujettissement forcé et presque servile à la terre, ce qui n'était que l'exécution d'une convention libre; et avec de telles préoccupations il n'y a eu qu'un pas à faire pour assimiler le fermier qui voulait se séparer du sol à l'esclave fugitif qui se dérobait frauduleusement à son maître (5); tandis qu'on aurait pu peut-être trouver une raison plus juste et plus équitable dans ce principe du droit civil, que nul ne peut renoncer contre le gré de son adversaire à une obligation contractée (6). Il s'ensuivit que beaucoup de fermiers perpétuels durent déchoir au rang de colons, et plus d'un maître trouva dans la prescription des raisons pour colorer une erreur ou une usurpation.

Enfin il y eut une autre cause à l'extension du colonat.

Ce furent les fréquentes transplantations de barbares vaincus dans les parties de l'Europe les plus ravagées (7). Les empereurs les distribuaient parmi les habitants des provinces que les guerres avaient dépeuplées. Les territoires de Cambray, Amiens, Beauvais, Trèves, Langres, Troyes, reçurent de ces hôtes domptés par les armes romaines (8); ils étaient attachés à la culture des terres en qualité de colons (9). Ausone avait vu les

---

(1) Ulpien, l. 7, D. *De liberali causâ*, et Pothier, *Pand.*, t. III, p. 91 et suiv.

(2) Les colons étaient exempts des charges extraordinaires qui accablaient les citoyens (Constant., l. 1, C. *De Agricol.*).

(3) V., *supr.*, les conseils de Columelle. J'ai cité les textes sur les baux perpétuels.

(4) *Impositam agriculturam adimpleant*, dit Justinien en parlant des *adscriptitii* (nov., 123, cap. 17).

(5) L. 23, C. *De Agricol.*

(6) **Renuntiare semel constitutæ obligationi, adversario non** consentiente, nemo potest (l. 5, C. *de Obligationibus*).

(7) Gibbon, t. II, p. 327, d'après :
Ammien, XXXI, 9;
Eutrope, IX, 15;
Eumène, *Panégyr.*, VII, 21.

(8) Gibbon (*loc. cit.*).

(9) *Jure colonatûs*, l. 6, C. Theod. *De bonis milit.*

M. Laboulaye donne le texte de cette loi (*Hist. du droit de propriété*, p. 116).

V. Godefroy sur le C. Theod. ***De patrociniis vicorum.***

campagnes qui jadis avaient reçu les Sarmates :

« *Arvaque Sauromatum nuper metata* COLONIS (1); »

mais de son temps elles n'offraient plus que d'horribles déserts. Car l'extinction progressive de la population se faisait sentir dans les rangs des colons comme ailleurs.

Tel fut le berceau du colonat; tel fut son développement : il est un accident mémorable dans l'histoire du bail.

L'emphytéose fut une autre variété de ce contrat ; j'ai tracé, dans cet ouvrage (2), le rôle qu'elle joua dans les efforts du gouvernement impérial pour faire fleurir la culture sur les terres communales et domaniales en proie au plus déplorable abandon. Le colonat et le contrat emphytéotique sont contemporains des mêmes misères publiques, les *latifundia* et l'extinction de la classe moyenne; ils ont eu pour but, chacun dans sa sphère, d'y porter remède. Mais le mal était trop profond, et trop de causes diverses contribuaient à l'enraciner. La vie de l'empire romain s'échappait par tous les pores. Les incursions des barbares ; les vices d'une administration faible et violente ; le poids accablant des impôts ; les petits propriétaires chassés de leurs demeures et de leurs champs, moins encore par l'épée du barbare que par la main rapace du fisc, et forcés de sacrifier leur ingénuité pour descendre à l'humble condition de colons ; puis, les colons et les emphytéotes en proie au fléau des guerres, dévorés par les tributs, quittant les campagnes ravagées pour porter leur infortune dans les villes, et non moins à plaindre que ceux qui venaient chercher un asile dans le sein du colonat! A côté de tous ces maux, une centralisation défaillante, mais toujours tracassière ; la mollesse des riches, leur engourdissement dans l'indifférence religieuse et dans un stérile égoïsme (3) ; un abaissement général des courages et des idées. Tel était l'état de ce monde romain dont l'heure fatale a sonné.

Quittons-le donc, car ses provinces lui sont arrachées pièce à pièce. Les barbares se partagent ses membres déchirés, et la Gaule, ouvrant ses portes aux Francs, sous la conduite de ses évêques, s'est inoculé l'élément germanique dont l'alliance avec l'Église doit la retremper !

La conquête de la Gaule fut certainement accompagnée de beaucoup d'infortunes et d'un grand abus de la force (4) ; mais dans ses résultats généraux elle fut le principe d'incontestables progrès ; et, par exemple, sous le point de vue de la propriété, elle opéra le premier fractionnement de ces *latifundia*, qui, sous le gouvernement des empereurs, étaient devenues d'impénétrables solitudes. Autant les Romains aimaient les délices des villes, autant les Germains préféraient le séjour des campagnes, et ce fut là particulièrement qu'ils s'établirent quand la Gaule leur appartint. Les chefs de famille occupaient de vastes domaines sur lesquels ils amenèrent leurs lites et leurs esclaves.

Les maisons rurales se multiplièrent et les campagnes jouèrent un plus grand rôle dans l'organisation sociale. On voit apparaître dès lors des noms de localités qui puisent leur origine dans les noms des propriétaires germains qui s'en mirent en possession (5). Toutes ces appellations germaniques qui surgissent dans des campagnes inhabitées et dans des localités sans noms, annoncent que la propriété foncière s'était beaucoup plus divisée qu'elle ne l'était du temps des Romains, et que les résidences rurales s'étaient accrues et disséminées à des intervalles plus éloignés que jadis du sein des cités. Ces domaines furent le centre autour duquel se groupèrent peu à peu des hameaux, des villages et même des villes dont les noms se terminent encore aujourd'hui en *court*, *ville*, *ménil* (6) ; le nombre en devint plus considérable de siècle en siècle, et c'est en grande partie aux hommes amenés par la conquête ou à leurs descendants, qu'on en doit l'établissement. Dans ces demeures presque toujours isolées, vivait le chef de famille franc, avec sa femme, ses enfants, ses lites et ses esclaves. Il chassait, il donnait de grands repas et en recevait ; il se rendait à l'assemblée de son district, mais jamais il ne travaillait de ses propres mains : ce soin était laissé aux esclaves.

Plus tard, les libéralités faites aux ordres religieux produisirent une seconde sous-division du sol. En parcourant les actes de donations des sixième, septième et huitième siècles, on s'étonne de l'immense étendue des propriétés que le fisc et les grandes familles possédaient encore. Dago-

(1) Dans son poëme intitulé : *Mosella*.

(2) Nos 31 et suiv.

(3) M. Guizot, t. I, p. 127.

(4) M. A. Thierry, *Lettres sur l'Histoire de France* (lettre 7). Un grand nombre de nobles gaulois furent réduits en esclavage (M. de Sismondi, t. I, p. 268).

(5) Gundulphi villa (Gondreville);
Ratfredi curtis (Refroicourt);
Bodonis curtis (Boncourt);
Rooldi curtis (Raulecourt);
Teudegisillo-villa, etc.

(6) Valois, *Not. Gall.* Préface. *Court*, *ville*, *ménil*, ont la même signification ; ces mots voulaient dire alors, lieu rural habité, manoir des champs.

bert I[er] donne à Teutfrède, évêque de Toul, quatre domaines ruraux et un terrain de quatre lieues exempts d'impôt (1). Le territoire dont Childéric II gratifia saint Dié, fondateur de la petite ville de ce nom dans les Vosges, embrassait dix-huit à vingt lieues de circonférence, qui n'étaient habitées que par des bêtes fauves (2). Or, ces fondations, en associant les ordres religieux à la propriété foncière, faisaient pénétrer dans les campagnes improductives un plus grand nombre d'individus intéressés à les mettre en rapport. De même que la conquête avait marqué le premier degré de la division des propriétés en y faisant participer les Francs, qui répartirent entre eux les territoires possédés par le fisc impérial; de même les libéralités pieuses amenèrent un second degré de fractionnement, en assignant une large part aux établissements nouveaux que la dévotion faisait naître.

Enfin, lorsque la question des bénéfices, qui agita si violemment la première et la deuxième race, fut résolue, et que ces démembrements du domaine royal se furent convertis en fiefs héréditaires sous la réserve de la foi et de l'hommage à la couronne, ce fut là un autre fractionnement de la propriété, et le plus grave de tous; car il eut pour conséquence le fractionnement de la souveraineté même, identifiée avec la propriété du fief.

Mais au milieu de ces crises diverses, que devint la condition des cultivateurs?

Il se passa bien du temps avant qu'elle ne s'améliorât. La conquête trouva sur le sol des campagnes les esclaves et les colons héréditaires qui l'habitaient presque exclusivement (3). Elle aussi, elle connaissait des esclaves attachés à la glèbe; car ses lites n'étaient que des cultivateurs forcés des domaines appartenant à la classe guerrière (4). Incapables d'entrer dans les distinctions subtiles des légistes romains entre l'esclavage et le colonat, les Francs confondirent probablement deux conditions inégales, et les regardèrent du même œil que les lites germains qu'ils traînaient à leur suite (5). C'est ce qui explique pourquoi, à partir de cette époque, les colons sont en général opposés aux hommes libres, et assimilés par le nom et par les traitements aux esclaves (6). Il est vrai que la distinction se maintint en Italie sous la paternelle administration de saint Grégoire le Grand (7). Il est vrai encore que dans la Gaule on trouve, dans les domaines des églises, des colons appelés *coloni liberi* (8), qui élèvent la voix lorsque des tentatives violentes veulent les réduire à un servage inférieur (9). Mais dans cette confusion du moyen âge, où tous les contrastes sont juxtaposés, comment espérer de trouver une position nettement définie? Comment l'espérer surtout au milieu des ténèbres sociales où se traîne cette classe servile, oubliée ou dédaignée des historiens, classe composée des éléments les plus divers, où les vaincus se sont donné rendez-vous avec les vainqueurs, les ingénus avec les serfs de naissance, les hommes du Nord avec les Gallo-Romains? Comment un tel mélange n'aurait-il pas présenté des bigarrures infinies de droits, de conditions? Et de quoi faut-il s'étonner, lorsqu'on voit des esclaves posséder des esclaves et même les affranchir (10)!

Entre les esclaves, il y avait donc des degrés! Mais aux yeux de l'homme pleinement libre et ingénu, toutes les nuances se confondaient. C'est ce qui explique pourquoi les monuments abondent pour montrer qu'en général les colons et les esclaves étaient considérés comme d'un état égal. Non-seulement ils sont revendiqués en cas de fuite (11), mais ils sont châtiés, flagellés (12); on les met sans cesse en opposition avec la classe plébéienne (13); on les appelle même esclaves dans des lettres d'affranchissement (14) et dans les chartes (15); et de même que la libéralité de leur maître peut les élever, par l'émancipation, à l'état d'homme libre (16), de même son caprice les arrache au sol natal et les transplante contre toutes les lois hors de ses domaines. « Chilpéric, dit Grégoire de Tours, « étant retourné à Paris, aux calendes de sep« tembre, ordonna d'enlever plusieurs familles

(1) Benoît, *Hist. de Toul*, p. 258.

(2) Calmet, *Notice de Lorraine*, v° *St.-Dié*.

(3) M. de Sismondi, t. I, p. 197 à 199.

(4) M. Aug. Thierry, p. 116.

(5) M. Guizot, t. IV, p. 261, 262.

(6) Ducange, v° *Colonus*. Il cite les titres anciens et les autorités. Je lis dans le testament de saint Remy (Flodoard, *Hist. Rem.*): « Tu, sancta hæres mea, Remensis ecclesia, *colonos* quos « in portensi habeo territorio..., possidebis; *Vitalem colonum*, « *liberum esse jubeo, et familiam suam ad neptem meam* « *pertinere*. »

(7) Epist., lib. III, ep. 21, *ex legum distinctione sunt liberi*. Voyez d'autres fragments dans M. Guizot, t. IV, p. 237.

(8) V. dans Ducange, v° *Colonus*. M. Guizot a traduit les textes, t. IV, p. 260.—Loi des Allemands, t. IX et XXIII, § 1;—Charte de Charles le Chauve, en 860.

(9) La charte précitée de Charles le Chauve.

(10) *Formules* (Baluze, t. II).

(11) Append. ad Marculf. *Cap.* 1 et 32. Flodoard, *Hist. Rem.*, lib. II, c. 19.

(12) *Passim* dans les Capit. (Baluze, t. II, p. 56, au ch. 9).

(13) *Sidonius Apol.*, liv. V, ep. 19.

(14) Saint Remy, dans son testament, affranchit certains colons, et veut que les autres restent en servitude (Flod., *Hist. Rem.*, l. I, c. 18).

(15) Donation à l'église de Salzbourg, dans Ducange.

(16) Sidon. Apollin., lib. V, ep. 29.

« appartenant aux maisons fiscales, et de les mettre en des chariots pour faire partie de la dot de sa fille Rogonthe, qui allait épouser Rocarède, fils du roi d'Espagne (an 584). Comme plusieurs pleuraient et ne voulaient pas s'en aller, il les fit jeter en prison pour pouvoir ensuite les envoyer plus aisément avec sa fille. On assure que plusieurs, craignant d'être séparés de leurs parents, s'étranglèrent de désespoir; le fils était ôté à son père, la mère à sa fille; ils partaient au milieu des gémissements et des malédictions, et les pleurs qui se répandirent alors dans Paris pouvaient se comparer à ceux qu'on versa en Égypte (1). » Dans une société que gouvernaient de tels actes de violence, les nuances délicates de l'esclavage et du colonat ne durent-elles pas s'éclipser bien souvent?

Du reste, la grande masse de la population était esclave dans les campagnes (2). Elle était attachée à la glèbe et elle se transmettait avec le sol qu'elle cultivait. Les titres nombreux de donations aux églises, et les formules de Marculfe, font continuellement mention des esclaves qui peuplent les domaines des grands et du fisc, et que l'on donne avec les terres (3). Le savant Alcuin, enrichi par les libéralités de Charlemagne, avait vingt mille esclaves dans ses propriétés (4).

Ces hommes travaillaient à la terre et payaient au propriétaire une redevance; quelquefois elle était en argent; le plus souvent c'était la moitié des fruits (5). Ici nous trouvons le berceau des baux à *locatairie*, à *culture*, à *métairie perpétuelle* (6), dont les traces se sont conservées jusqu'à la révolution, et ont même survécu à la régénération de la population agricole (7). On commence à apercevoir ici cette vérité qui tout à l'heure deviendra plus claire, savoir, que la féodalité, considérée dans ses rapports avec la classe des cultivateurs, n'a été autre chose qu'un vaste bail à ferme perpétuelle ou à colonage héréditaire (8). Ce point de vue aperçu à travers quelques nuages par plusieurs de nos anciens légistes (9), a échappé en grande partie à nos historiens. Il doit nous préoccuper vivement, nous qui recherchons ici l'union du droit et de l'histoire, et qui voulons connaître le contrat de bail, non-seulement dans ses applications actuelles, mais encore dans ses phénomènes historiques et son influence sur la civilisation.

Donc les colons, métayers ou fermiers perpétuels et nécessaires des riches, étaient répartis sur les domaines de la manière suivante : chacun avait un espace de terrain à cultiver, et sur ce terrain s'élevait la maison où il demeurait avec sa famille. Ces sous-divisions de la terre seigneuriale, que nous nommerions aujourd'hui *métairies*, *fermes*, s'appelaient alors colonies (10); une terre en comprenait un nombre plus ou moins grand, suivant son étendue (11). Dans les domaines du prince, qui couvraient peut-être les trois quarts de la France (12), tous les colons relevaient d'intendants à qui Charlemagne donne le nom pompeux de *judices* (13). Les denrées payées par les colons constituaient la part la plus considérable des revenus royaux (14). Chaque baron aussi recevait de ses serfs le pain, la viande, la laine et le lin dont il avait besoin pour sa consommation. Enfin les titres des couvents et des monastères attestent à la fois l'étendue et la source de leurs richesses lorsqu'ils parlent des salles appelées *firmariæ*, où l'on recevait les canons apportés par les agriculteurs (15).

Les colons continuèrent, du reste, à payer le tribut personnel auquel ils étaient soumis sous la domination romaine; et lorsque la souveraineté se fut localisée dans le fief, ils devinrent *taillables* à la merci des seigneurs.

Mais quelque nombreux que fussent les colons par rapport à la population libre, ils ne l'étaient pas assez pour utiliser les immenses domaines qui relevaient en toute propriété du fisc royal, des seigneurs et des églises. Nous sommes ici à une des époques les plus malheureuses de l'histoire. Les classes laborieuses languissaient au milieu des tourmentes qui remuaient une société sans assiette; et les classes élevées, en proie aux agitations politiques, s'épuisaient dans des luttes sanglantes pour arriver à des formes gouvernementales plus en rapport avec l'état des mœurs.

---

(1) Liv. VI, p. 367.
(2) M. de Sismondi, t. I, p. 408, et t. II, p. 273, 274, 418, 431.
(3) *Terris domibus, ædificiis, silvis, pratis et mancipia his nominibus*, etc., etc. V. Marculfe, lib. II, c. 14, 15, 23, etc., et Preuves de l'Hist. de Lorraine, par D. Calmet, p. 267, 268, etc.
(4) M. de Sismondi, t. II, p. 276.
(5) Donation de Haganon à l'abbaye de Saint-Martin de Tours, en 819. V. Ducange, v° *Colonus*, et M. Guizot, t. IV, p. 260.
(6) *Infr.*, n° 55-56.
(7) En Alsace et dans le Limousin et la Marche (*infr.*, n° 56).
(8) V. *infr.*, p. xxii.
(9) Dunod, p. 343, 344; Argou, t. I, p. 146.
(10) *Coloniæ*, dit Ducange, « *Villulæ cum modo agri quantum colonus unus colere potest.* » Voy. aussi Bignon, sur Marculfe, t. I, p. 516 et 917.
Une donation porte : « *Comparavit villam quæ dicitur* RIXDINGA *cum servi ibi manentibus, in* COLONIIS *suis.* »
(11) V. Ducange, *Coloniæ*. Il y en a de 5, 10, 15, etc.
(12) M. de Sismondi, t. II, p. 277.
(13) Capit. *de Villis*.
(14) M. de Sismondi, t. II, p. 277.
(15) Ducange, v° *Firmariæ*.

L'aristocratie planait toujours sans intermédiaire sur une masse d'hommes voués à l'esclavage ; ses sujets étaient des serfs ; les vilains et les roturiers, ces premiers nés de la classe moyenne, ces premiers instruments de l'industrie agricole libre, n'existaient pas encore (1).

Mais, du dixième au douzième siècle, une grande révolution avait été consommée. Je veux parler de l'établissement définitif de la féodalité, qui fractionna en une multitude de souverainetés locales la grande et impuissante souveraineté des descendants de Charlemagne. Les légistes des siècles suivants ont fait entendre des cris de fureur contre ce morcellement du pouvoir royal. C'est qu'ils n'ont pas compris le sens de ce mouvement salutaire, qui sauva la France d'une ruine complète, et vint donner à ce corps défaillant un nouveau souffle de vie. La première et la deuxième race n'avaient joué qu'un drame ridicule et sanglant (2) en parodiant cette centralisation majestueuse par laquelle Rome avait gouverné le monde. Les populations grossières, ignorantes, matérialisées dans leur étroit horizon, n'avaient rien compris à cette folle prétention, à laquelle manquaient à la fois et les besoins contemporains, et les sympathies publiques, et l'habileté des princes !... L'instrument se brisa donc entre leurs mains. Les formes trop savantes et trop compliquées du génie romain échouèrent devant la brutalité féodale, et le pouvoir royal s'éclipsa totalement dans les hautes régions où il se tenait renfermé. Alors éclata la plus effroyable anarchie dont l'histoire fasse mention.

Mais quand la souveraineté se fut mise au niveau des intelligences, en se renfermant dans l'étroite enceinte des seigneuries, quand les formes politiques, secouant le joug d'une imitation stérile, eurent revêtu l'originalité qui convenait à des temps nouveaux, une heureuse réaction commença à s'opérer. Chaque fief devint un centre d'activité et d'énergie. Le seigneur s'appliquait à trouver, dans le nombre et l'aisance de ses sujets, la force dont il avait besoin pour rester à la hauteur de son rang, pour n'être pas inférieur à ses voisins. Dès le dixième siècle, les affranchissements se multiplièrent (3); les serfs obtenaient leur liberté, sous la condition que chaque manse du village payerait une certaine somme d'argent et rendrait certains devoirs en nature (4); des concessions de terre furent faites à l'envi aux hommes du fief. On voit sans cesse revenir les baux à cens, les baux à rente, les baux à complant, les champarts, les agriers, les bordelages (5), les emphytéoses à perpétuité (6). Le seigneur se dépouillait de ses terres improductives, et, faisant un appel à l'industrie de ces hommes devenus libres, il leur livrait ses terres à eux et leurs familles pour les cultiver, moyennant une redevance en argent ou en fruits. Alors les solitudes se peuplèrent (7), les terres en friche se couvrirent de moissons (8); des villages entiers s'élevèrent au pied du château ou du monastère, groupant leurs humbles manoirs autour d'une église rustique. Enfin la population s'accrut, par ces causes diverses, d'une manière prodigieuse, dans l'espace de deux cents ans (9).

Et, en même temps qu'elle croissait en importance numérique, elle acquérait un certain bien-être. Elle se réunit dans des foires et marchés; elle jouit de fours et moulins banaux. L'établissement de péages, de droits imposés sur la navigation des bois, de ponts pour faciliter les communications de paroisses en paroisses, tout indique une certaine activité sociale qui s'essaye à prendre son essor (10).

Enfin des magistrats appelés *villici* (11) sont donnés à ce peuple nouveau, qui surgit du sein de la terre. Cette dénomination seule est la preuve d'une élévation dans la condition de ceux à qui cet officier doit rendre la justice. Autrefois le *villicus* n'était que le directeur du domaine rural, l'homme d'affaires chargé de tenir les comptes et de surveiller les esclaves et leurs travaux. Aujourd'hui c'est un fonctionnaire revêtu d'attributions de justice et de police (12). C'est que le domaine rural s'est transformé en peuplade, et la *villa* en village (13).

---

(1) Le *vilain* (de VILLA, paysan) était opposé à gentilhomme (*gentilis*, INGENUUS); mais le vilain n'était pas serf, comme le remarque Pierre de Fontaines (*Conseil à un ami*, ch. 21).

Roturier vient de *ruptura* : les *rotures* étaient les terres incultes données originairement par les seigneurs aux paysans et vilains pour les rompre, casser, essarter, labourer (Brodeau, *Sur Paris*, t. I, p. 535).

(2) J'excepte Charlemagne.

(3) M. de Sismondi, t. IV, p. 87 et 423.

(4) *Histoire de Metz*, t. II, p. 94 et 95 (Affranchissement du 16 août 967).

(5) *Infr.*, nos 57, 58, 59.

(6) Id., no 31, p. 38.

(7) Ego Theodoricus, Dei gratiâ, Flandriæ comes, et Philippus filius meus, *solitudinem* Reningensem, *victui nostro*, specialiter deputantes, *sub annali censu*, agricolis excolendam donavimus (Charte de 1187, rapportée par Delaurière, sur Loisel, *des Rentes*, liv. 4, t. I).

(8) V. *infr.*, no 59, p. 53. ce que je dis de l'extension de la culture de la vigne par les complants.

(9) M. de Sismondi, t. III, p. 285.

(10) Calmet, t. I, p. 1121, et Preuves, p. 390 et 392.

(11) Calmet, t. I, p. 991.

(12) V., par exemple, la charte de fondation de Varangeville en 966 par le comte Sigeric. « Hoc trado ut habeant (les moines), « ministeriales suos, videlicet, *vilicum*, *scabinionem et cæteros* « *officiales constituent* (Calmet, *Preuves*, p. 378). »

(13) Les titres du xe siècle parlent beaucoup de *villare* ou

Ce qu'il y a d'extrêmement remarquable, c'est que toutes ces concessions héréditaires se présentent à l'esprit des contemporains avec des idées analogues à celles que nous attachons aux baux ; on les appelait *fermes perpétuelles*, MANUFIRMÆ, et les terres qui en étaient l'objet portaient le nom *de terres renteuses* ou *cottières* (1). Les vieux titres parlent même de *fermiers nobles* (2). C'est le nom qu'on donnait à ceux qui étaient investis de terres nobles par baux à rente perpétuelle (3).

Si l'on y regarde de près, il y a certainement de frappantes dissemblances entre ces diverses tenures et le simple bail à ferme. Mais elles étaient alors le moyen à peu près unique de mettre les terres *en gagnage*, comme disait Loisel (4), et d'appliquer à l'agriculture le travail affranchi ; elles faisaient l'office du véritable bail à ferme, qui ne pouvait encore être fréquemment pratiqué ; elles empruntaient le nom qu'il garda plus tard exclusivement. Maintenant, si l'on veut bien ne pas oublier ce que je disais il n'y a qu'un instant des tenures par colons, qui se concilièrent aussi avec l'affranchissement des tenanciers, on verra, dans toute son évidence, cette combinaison singulière et si digne d'attention de la féodalité reposant dans ses rapports économiques sur la base d'un immense bail à ferme, mélangé de toutes ces bigarrures, ces anomalies, qui furent particulières à l'époque féodale. La féodalité a imprimé, sur tout ce qu'elle a touché, le cachet de son originalité. Elle a compliqué toutes choses de ses éléments propres (5), et opéré un mélange de principes divers d'où sont sorties une foule de relations civiles qui subsistent encore aujourd'hui, et que nous ne pourrions expliquer sans recourir à son histoire. Le contrat de bail a subi, comme tout le reste, son remaniement. Elle l'a plié à ses besoins, au risque d'en fausser la pureté. Elle a groupé sous une appellation commune, qui a fini par lui rester propre, les positions les plus variées. Le but, c'est-à-dire la mise en produit des terres, a tout égalisé à ses yeux. Il a fallu que les légistes vinssent pour mettre chaque chose à sa place, pour rendre à chaque contrat son véritable nom, pour dégager l'élément simple de ses composés. Ç'a été l'œuvre de la science. Mais la féodalité ne fut pas savante. La critique lui a manqué complétement ; en revanche elle a beaucoup créé (6).

---

hameaux, qui sont l'intermédiaire entre les manses éparses et les villages (Charte de 960, dans Calmet, *Preuves*, p. 367).

(1) Brodeau, *Sur Paris*, art. 68, n° 20.

(2) *Firme nobilis* (Brodeau, *loc. cit.*, et Ducange, v° *Firma*).

(3) Brodeau, *loc. cit.*

(4) *Des Rentes*, liv. IV, t. 1, c'est-à-dire à profit.

(5) V. *infr.*, n° 31 p. 39.

(6) C'est certainement à une de ces conceptions originales qu'il faut attribuer l'origine d'une certaine tenure qui s'est conservée jusqu'à nous dans une partie de la Picardie. On ne lira pas sans intérêt les détails suivants, qui font connaître comment elle s'est confondue avec le bail proprement dit dans l'esprit des populations. Ces détails m'ont été fournis par un ancien magistrat de mes amis, qui habite le département de la Somme, M. Husson, dont les lumières m'inspirent toute confiance.

Dans une petite portion de la Picardie connue sous le nom de Sangterre et dans la partie de l'ancien comté de Vermandois qui avoisine Péronne, la propriété immobilière se trouve diminuée ou entravée par un usage, ou si l'on veut par un droit dont l'origine et le mode d'exercice sont dignes de l'attention et des recherches du jurisconsulte ; je veux parler du *droit de marché !*

Ce mot a une signification complexe : il s'entend tantôt de la somme qu'un fermier a payée à l'occasion d'un bail, tantôt du droit même qu'il a d'exiger la restitution de cette même somme.

Dans ces contrées, le propriétaire d'un immeuble, lorsqu'il le fait valoir lui-même, jouit de la plénitude du droit de propriété, aussi bien que dans toute autre partie du territoire français. Mais si, changeant de position, il vient à affermer son immeuble, alors, dès ce moment, son droit subit une dépréciation singulière. Il ne pourra plus, par la suite, ni changer de fermier, ni augmenter le fermage, ni modifier les conditions de la jouissance. La somme de ses droits se résume en un seul, celui de percevoir, aux époques déterminées par la coutume ou par le bail, un fermage dont la quotité devient invariable : on peut dire qu'il a aliéné à perpétuité sa propriété en échange d'une rente irrévocablement fixée.

Le fermier, de son côté, considère sa jouissance comme dérivant d'une véritable copropriété de l'immeuble loué. Cette jouissance ne doit point avoir de terme : il la transmettra, comme d'ordinaire il l'a reçue lui-même, par héritage : il la cédera à titre gratuit ou onéreux, il la divisera par portion, en un mot il en disposera de la manière la plus absolue, sans que, pour aucun de ces différents actes, il songe même à consulter son propriétaire. Seulement il veillera avec soin à ce que ce dernier soit payé de son fermage avec exactitude. En dehors de ce rapport, le propriétaire n'est plus pour le fermier qu'un être de raison.

Il n'est pas rare de voir aujourd'hui dans le Sangterre des terres détenues depuis un temps immémorial par des fermiers, à un prix qui s'élève au quart ou au cinquième de leur valeur locative. Aucun titre n'établit la jouissance du fermier : c'est de la tradition ou de la commune renommée que dérive son droit. Il est en effet constant pour les habitants du pays que, depuis un temps dont aucune personne vivante ne saurait préciser le commencement, le fermier, ses auteurs ou ayants droit ont joui de l'immeuble moyennant un certain fermage annuel. Ce fait suffit dès lors aux yeux des habitants pour légitimer à toujours la possession du fermier et régulariser son droit d'une manière authentique.

Le propriétaire en présence d'un fermier qui ne représente aucun titre de bail, et qui pourtant jouit de sa chose à un prix très-faible, ne pourra que rarement obtenir une augmentation de redevance. Il trouvera dans le fermier une résistance dont l'opiniâtreté variera en raison de l'esprit d'opposition dont seront animés les habitants de la commune de la situation des biens : dans la plus grande partie du Sangterre, cette résistance sera invincible. Le propriétaire défendra-t-il alors au fermier de continuer à jouir de sa chose? Celui-ci obéira ; mais personne ne se présentera pour lui succéder. La haine de tous les habitants, la crainte et les menaces de la famille du fermier dépossédé, paralyseront toujours les plus ardentes dispositions d'un successeur. En attendant, les terres restent en friche, et le propriétaire, pour qui la condition de toucher de faibles revenus est préférable à celle de ne rien toucher du tout, finit, de guerre lasse, par revenir au fermier et subir ses exigences et ses conditions.

Quelques propriétaires ont essayé, à diverses reprises, de cultiver par eux-mêmes leurs terres ainsi délaissées ; mais ces tentatives n'ont pas été heureuses. D'abord pour exploiter il faut une

condition des agriculteurs, il y a une liaison intime.

Si nous possédions une statistique exacte de l'état moral et matériel de nos départements, un esprit investigateur trouverait facilement dans la manière d'être des populations, le principe d'une foule de faits judiciaires et de rapports légaux, jusqu'à ce jour inexpliqués; mais les matériaux manquent en partie pour ces recherches philosophiques. Et cependant la science du droit voudrait pour elles une place dans son sein; car les lois civiles ont leur esprit comme les lois politiques dont Montesquieu s'est occupé à peu près exclusivement. Cet esprit doit être révélé aux hommes qui aspirent à sortir de l'ornière étroite dans laquelle la science est menacée de s'embourber.

Dans les départements où le paysan est pauvre et sans capitaux, le colonage partiaire doit nécessairement dominer. Pourquoi? C'est que dans ce système d'exploitation, non-seulement le propriétaire met en commun la jouissance de sa terre, mais fournit encore presque toujours les bestiaux (1), et que tous les grands frais de culture retombent sur lui, tandis que le métayer ne fournit que son travail et ses soins. Le cultivateur pauvre est donc forcé de préférer au bail à ferme une combinaison qui n'exige de lui aucune avance pécuniaire, et qui ne lui demande que son industrie. Dans une telle société, il ne hasarde rien que ses peines; il ne prend sur lui aucune chance qui l'oblige personnellement envers le bailleur; il vit avec sécurité sur le champ qu'il féconde, dispensé de payer au maître de l'argent et d'acquitter les impôts; car le contrat à colonage partiaire est organisé tout entier sur cette idée, que le paysan n'a pas d'argent, et qu'il ne faut pas lui en demander. Une fois qu'il a livré au propriétaire la moitié des fruits dont la nature a récompensé ses sueurs, il est à peu près quitte envers lui; c'est ce dernier qui doit veiller aux dépenses qui ajouteront à la valeur de la propriété; c'est lui qui supporte toutes les charges; c'est lui qui doit se débattre avec le fisc. Une telle position est commode pour l'agriculteur; elle lui laisse une jouissance exempte de toutes les inquiétudes qui peuvent troubler le spéculateur; il ne craint pas surtout qu'à la fin de son bail, le propriétaire aggrave sa condition par de dures exigences, puisque le système du bail de métairie se résout en un résultat uniforme et invariable, le partage à mi-fruit.

Néanmoins ce mode d'exploitation a de grands inconvénients pour les deux parties contractantes. Et d'abord il devient fort onéreux pour le propriétaire à qui ses occupations ne permettent pas de résider sur son domaine; il lui faut un représentant, un homme d'affaires pour procéder au partage des fruits, pour les emmagasiner, pour les vendre, pour surveiller la gestion du colon, qui n'est pas toujours un fidèle associé. Voilà déjà un prélèvement considérable sur le revenu le plus net de la terre, et cette charge jointe aux impôts qui, sous tant de noms et de formes, pèsent sur le sol, gêne le propriétaire, qui a acheté cher et qui recueille peu. Il suit de là qu'il recule d'année en année devant les réparations et les améliorations; il néglige les bâtiments, laisse les troupeaux sans augmentation; il se montre avare envers cette terre qu'il trouve trop avare pour lui; il lui enlève le plus qu'il lui est possible, sans lui rendre le peu qu'elle réclame pour soutenir ses ressources et sa vigueur. En vain le colon s'épuiserait en efforts de travail pour lutter contre l'énervation de ses forces. L'industrie agricole doit être secondée dans une certaine mesure par les capitaux.

Ainsi donc, voilà la perspective du propriétaire non résidant : des non-valeurs, souvent des embarras, quelquefois des dettes. C'est pourquoi en Italie, où la terre s'exploite en général par des *mezzaiuoli* ou métayers, la classe des propriétaires qui veut se livrer aux lettres, aux professions libérales, aux voyages, etc., etc., élève de vives plaintes contre le système du colonage, et médite de le remplacer par des combinaisons meilleures pour la liberté du propriétaire et pour son aisance (2). En France aussi les mêmes résultats font former les mêmes vœux. On le sait : de jour en jour l'activité nationale multiplie les efforts du travail et de l'esprit pour se créer des carrières diverses. L'industrie, l'état militaire, les fonctions publiques, la médecine, le barreau, l'étude des lettres, etc., etc., éloignent du séjour des champs le propriétaire qui aspire à augmenter son patrimoine ou son revenu, à servir la patrie, à développer son intelligence. Mais, séparé de sa métairie, obligé de sacrifier pour un gérant dispendieux les sommes qu'il verserait en améliorations, il s'irrite contre le colon qui réclame des réparations pour les bâtiments et des avances pour la terre. Il sent combien serait préférable un système de bail qui mettrait dans ses mains un revenu en argent, dégagé de frais d'administration, d'impôt, et de toutes les charges qui forcent sans cesse le propriétaire à venir au secours du métayer. Mais pour arriver là, il faudrait trouver pour auxiliaire une classe agricole aisée, industrieuse, entreprenante, et précisément le bail

(1) *Infrà*, nº 637.
(2) M. de Sismondi, quoique partisan du métayage, en convient, t. 1, p. 317 et suiv.

Aussi dans les provinces de France, où l'agriculteur possède ces vertus, plus communes chez lui qu'on ne le pense, s'opère-t-il un travail caché mais très-réel, qui fait peu à peu passer les fonds de terre dans ses mains. Depuis 1825, époque à laquelle une grande mesure de la restauration effaça les dernières traces des discordes politiques qui avaient affecté la propriété, de vastes spéculations se sont dirigées vers les biens-fonds; des domaines étendus ont été démembrés par lots et vendus et revendus en détail; la propriété, descendant de plus en plus de sa hauteur, s'est mise à la portée du petit capitaliste. L'habileté de cette spéculation a été de comprendre qu'il y avait dans certaines provinces une classe moyenne d'agriculteurs mûrs pour devenir propriétaires, et n'attendant qu'une occasion favorable de confier au sol le fruit de leurs épargnes. Les paysans se sont alors montrés; ils sont accourus aux adjudications; ils ont fait concurrence aux riches, et ils ont acheté plus cher qu'eux, parce que le cultivateur tire de la terre des ressources auxquelles ne peut prétendre celui qui ne cultive pas. Qu'est-il arrivé? Beaucoup de fermes ont disparu, et ce sont les fermiers qui les ont acquises. Ce qu'ils possédaient pour autrui, ils l'ont possédé pour eux-mêmes. Le propriétaire n'y a pas perdu, puisqu'il a tiré de ses terres une valeur presque double; l'agriculteur y a gagné, car il s'est installé comme maître dans les demeures qu'il occupait comme locataire. Ceci ressemble peu aux expéditions des agronomes anglais, qui ne suppriment une ferme que pour l'emboîter dans une ferme plus considérable, chassant le malheureux colon, victime d'un système aristocratique appliqué à l'agriculture. Chez nous c'est tout le contraire; la suppression s'opère sans larmes et sans victimes. Que dis-je! elle profite à tous, à la propriété, au propriétaire, au fermier.

Ce premier pas fait, le paysan en a fait un autre. Quand un propriétaire non cultivateur a voulu donner sa ferme à bail, tous les cultivateurs se sont tacitement entendus pour n'offrir que le prix le plus minime, et la propriété est devenue pour son maître un être de raison. Celui-ci a dès lors été forcé de vendre; il a vendu en détail; il a vendu très-cher, et ce sont encore les paysans qui ont acheté. Or ici, notez-le bien! ce n'est plus seulement la ferme qui a été supprimée, c'est aussi le propriétaire non cultivateur. On l'a expulsé, non pas comme l'agronome anglais chasse le fermier, c'est-à-dire nu et sans asile, mais couronné de fleurs, ou pour mieux dire chargé d'argent.

Ces faits sont graves, ils méritent l'attention des économistes; mais je ne sais s'ils les connaissent, car je n'en trouve aucune trace dans leurs ouvrages. Ils sont cependant incontestables; j'en ai vu des exemples de mes propres yeux, et je pourrais citer des propriétaires de mes amis qui, dans les Vosges, dans la Meurthe, ont été ainsi éconduits. Au surplus, le voyageur qui va de Paris à Strasbourg peut s'en assurer en traversant la vaste plaine qui sépare le vignoble d'Épernay, de Châlons-sur-Marne. Dans cette étendue considérable, à partir de quelque distance après Épernay, il m'a été assuré par des habitants du lieu (et j'ai été à même d'en consulter plusieurs), qu'il n'y a guère de propriétaire qui ne soit cultivateur; qu'il serait presque impossible à celui qui ne cultive pas de ses mains, de trouver à acheter à un prix raisonnable et d'avoir un fermier. Le paysan obstrue les avenues de la propriété; il les garde avec jalousie; il est fier de ces cultures verdoyantes, de ces prairies artificielles dues à son travail, qui là comme dans le reste de la Champagne ont changé tout l'aspect du pays, et font demander à l'étranger étonné où est la Champagne Pouilleuse, où sont ces champs de craie dont on parle tant?

Ces faits, je le répète, ont une immense portée. Ils signifient qu'il y a des localités en France où la condition de posséder la terre, c'est de la cultiver soi-même, et où le propriétaire non agriculteur est exproprié au profit du cultivateur, sans violence à la vérité, et moyennant une large indemnité. Si quelque grande perturbation politique ne vient pas déranger ce mouvement, je suis convaincu qu'avant une trentaine d'années il aura fait de grands progrès; qu'il dominera d'une manière très-notable dans des départements où il commence seulement à éclore; et qu'on verra de plus en plus le paysan maître de la terre par le moyen pacifique du travail et de l'économie. Ce sera là une de ces grandes révolutions opérées sans secousses sanglantes et sans injustice, une de ces transformations sociales d'autant plus légitimes qu'elles se font d'elles-mêmes, et comme par la puissance des mœurs.

Le législateur, toutefois, devrait s'y tenir préparé; car la propriété ne saurait se déplacer sans qu'il en résulte des tiraillements pénibles dans la société. Par exemple, quel parti prendront ceux qui seront, en quelque sorte, exilés de la propriété foncière, faute de pouvoir la cultiver? Quelle destination donneront à leurs capitaux les hommes politiques, les fonctionnaires publics, les avocats, les médecins, les gens de lettres, les marchands, les citadins, les esprits spéculatifs, toutes les personnes, en un mot, que leur état, leur goût, leur vocation, éloignent de l'agriculture, mais qui, jusqu'à présent, ont tenu à la possession des terres,

parce qu'elle est la plus solide et la plus attachante? Se jetteront-elles sur la propriété bâtie? Mais il n'y a pas place pour tout le monde. Courront-elles le risque des entreprises industrielles, des associations commerciales? Mais, jusqu'à présent, l'expérience a prouvé que le commerce ne profite qu'à ceux qui le font eux-mêmes et en ont la science ou le génie; il n'a été que trop mortel aux capitaux civils. Demandera-t-on secours aux prêts sur hypothèque? Mais plus le sol se resserrera entre les mains laborieuses des cultivateurs, plus il trouvera de ressources en lui-même, moins il aura besoin du secours du crédit.

Des esprits généreux qui ont aperçu la tendance que je signale, se sont dit : La propriété foncière est trop précieuse pour que nous consentions à la laisser s'échapper de nos mains. Faisons-nous donc agriculteurs, puisque c'est le moyen de la retenir. L'agriculture est la plus noble des occupations! L'on se plaint que la France est tombée sous le joug des avocats, des journalistes, des banquiers. Eh bien! cherchons, dans les utiles travaux de la campagne, des influences qui balancent la leur. Remplaçons nos fermiers, pour qu'ils ne nous remplacent pas un jour. Ce sont eux qui nous éloignent des champs, et font de nous des oisifs ennuyés et inutiles. Travaillons donc comme ils travaillent, afin de nous maintenir dans une position qu'ils nous envient. Autrefois les seigneurs furent punis de leur mépris pour les formes judiciaires par leur expulsion des tribunaux; les légistes vinrent prendre la place qu'ils avaient laissée vacante. N'imitons pas cet imprudent dédain. Quiconque aujourd'hui dédaigne l'agriculture, est menacé de se voir remplacé par le fermier qui sait le prix du travail appliqué à la terre.

Cette pensée est excellente, sans doute; mais je ne pense pas que sa réalisation puisse amener des résultats généraux profondément décisifs.

L'agriculture n'est rien moins qu'une théorie; elle veut, comme toutes les sciences, être éclairée par la pratique, et c'est souvent en mettant la main à l'œuvre qu'on s'aperçoit du vide et des mécomptes des méthodes spéculatives. Or, pour pratiquer l'agriculture avec quelque succès, il faut surtout être doué d'une vigueur de corps qui n'est ordinairement l'apanage que de cette classe robuste que les travaux des champs ont de bonne heure endurcie à la fatigue. Si vous pouvez, comme votre fermier, devancer l'aube matinale pour réveiller vos serviteurs qui dorment encore; si vous avez un corps de fer qui vous permette de saisir le soc d'une main calleuse, de le conduire aux ardeurs du soleil, de laisser percer vos vêtements par la pluie froide de l'hiver, de traverser des chemins difficiles à pied, à cheval ou dans de dures charrettes, par le froid ou par la chaleur ardente de la canicule pour suivre le cours des bestiaux, des laines, des blés dans les foires et marchés des environs; eh! mon Dieu! soyez vous-même l'entrepreneur de vos fermes, et vous gagnerez ce que gagnait votre fermier; vous travaillerez pour vous et vous travaillerez mieux; vous donnerez à la terre les avances qu'elle demande pour rendre les fruits avec usure; économe de ses forces, vous ne serez avare que pour les ménager.

Mais si quelques-unes de ces conditions vous manquent, gardez-vous d'une tâche au-dessus de vos forces. Celui dont les premières années se sont écoulées dans la vie de collége et sous l'empire d'un système d'éducation qui sacrifie les forces physiques au développement des forces intellectuelles, celui-là ne sera jamais qu'un mauvais cultivateur, et la charrue qui enrichit le fermier sera fatale à sa fortune. Je me défie de ces amateurs qui n'ont pas quitté le drap fin de la ville pour la blouse gauloise, et qui font de l'agriculture en gants glacés beurre frais; ils croient, les imprudents, *faire valoir* leur bien; ils le perdent en essais maladroits, en dépenses mal entendues, en gaspillages sots et ruineux. J'aime sans doute qu'un propriétaire soit assez instruit des procédés agronomiques pour exciter le zèle de son fermier, pour l'éclairer de ses conseils, pour surveiller et prévenir ses écarts. J'applaudis aussi au zèle des savants qui appliquent aux expériences agricoles leurs connaissances en chimie, en physique, en géologie, en histoire naturelle, etc. L'agriculture gagne à leurs essais; ils cherchent d'abord et tâtonnent, au risque de s'égarer dans des routes inconnues; bientôt ils retrouvent le droit chemin, et d'heureuses découvertes finissent par récompenser et leur patience et leur dévouement! Mais je ne voudrais pas, je l'avoue, de ces savants pour mes fermiers; ces essais sont des hasards où s'engloutissent beaucoup de capitaux; le fermier, lui, doit marcher à coup sûr, il n'est pas assez riche pour se livrer à des chances aventureuses; il est trop peu maître de la terre pour compromettre les revenus que le maître en attend.

Or, ce que ne ferait pas un fermier, ne doit pas être fait par celui qui veut être son fermier à lui-même; il faut surtout qu'il puisse faire tout ce que son fermier fait par ses propres mains; s'il n'a pas son tempérament, sa vigueur, son activité, ses habitudes de vivre de peu, il échouera misérablement. Ce sera un naufrage de plus à ajouter aux naufrages des cultivateurs en chapeau noir; ce sera une conquête de plus pour les vrais et bons cultivateurs qui empiètent déjà tant sur la propriété oisive.

Ce qui me paraît devoir plus particulièrement attirer les placements, que le haut prix de la propriété rendra de plus en plus difficiles en fonds de terre, c'est le grand-livre de la dette publique. Le grand-livre sera l'asile le plus sûr et le plus profitable. Ce sera aussi le plus patriotique. L'État deviendra le dépositaire de la fortune d'un nombre immense de citoyens, et la société se trouvera organisée sur la base d'une mutualité, dont la puissance balancera cet esprit d'individualisme qui fait aujourd'hui la plus grande partie de nos maux.

Mais pour arriver à ce résultat qui commence déjà à se faire jour, il faudrait dès à present accoutumer les capitaux à se diriger vers cette voie ; et toutefois une imprévoyance inconcevable laisse tour à tour la dette publique sous la menace de projets de conversion, qui fraternisent avec la banqueroute, ou sous le coup d'un agiotage qui semble organisé tout exprès pour effrayer les capitaux qui ne demandent qu'à se caser.

Une autre question devrait préoccuper les esprits politiques. Je me bornerai à la leur soumettre. Si la grande masse des biens-fonds ruraux continue à se concentrer comme elle le fait dans la classe des cultivateurs, n'est-il pas à craindre que toute l'influence politique ne passe avec elle du côté de ceux que leur éducation, leurs lumières et leur intelligence ne mettent pas en mesure de donner l'impulsion? Ne serait-ce pas un grave danger que de laisser la prépondérance du nombre, et par conséquent de l'autorité, à des hommes plus préoccupés des intérêts locaux que des intérêts généraux? Ne faudrait-il pas dès lors préparer l'accès des droits politiques aux autres natures de propriétés qui se formeront à défaut de la propriété foncière, et particulièrement aux inscriptions sur le grand-livre, devenues le refuge de la partie de la population la plus familière avec les travaux de l'esprit, les arts libéraux, la pratique des affaires publiques?

Mais en attendant que ces questions soient parvenues à leur parfaite maturité, il restera en France assez de fermiers pour que le titre du *louage* que nous allons commenter, soit d'une application journalière à l'exploitation des terres. Alors même que notre société aura atteint cet état si désirable où la grande masse des cultivateurs est propriétaire, nous ne pensons pas que le bail à ferme soit exclu tout à fait des relations civiles. Notre société française ne se laisse pas parquer en castes immobiles ; elle secoue le joug des positions tout d'une pièce ; elle admet les diversités, les contrastes, et abandonne à l'esprit oriental ces divisions méthodiques et inflexibles de la population, en classes qui n'ont entre elles aucun lien.

Pour nous, nous n'avons entendu signaler aucun résultat absolu. Après avoir montré l'influence de la propriété sur le bail, après avoir suivi les différentes crises qui ont abaissé ou relevé la condition des fermiers, nous avons été frappé de la tendance actuelle des fonds de terre à se répartir dans les familles agricoles, et à opérer une fusion entre la propriété et l'agriculture. Ce résultat nous paraît heureux en politique, en économie, en civilisation; il est bon que le travail recueille son fruit ; il est bon que le producteur acquière une position qui soit à l'abri de l'incertitude et des revers ; il est bon surtout, dans une société qu'emporte le mouvement démocratique, de voir se créer des points d'appui, des intérêts résistants. Or, la classe agricole propriétaire a tout l'esprit de conservation de l'aristocratie terrienne, sans en avoir le luxe ruineux et la prodigalité ; elle en a toute la ténacité, sans en avoir les prétentions ambitieuses. Nulle autre n'a plus à perdre dans le jeu sanglant des révolutions, et l'État est toujours sûr de trouver en elle des éléments d'ordre, des inclinations laborieuses et pacifiques. Tous les petits États de l'antique Italie durent leurs époques de bonheur et de force à la charrue conduite par des mains propriétaires!

Cette situation prospérante de la classe agricole, nous voudrions la voir partagée par une autre classe de travailleurs, dont s'occupe aussi le contrat de *louage*, par les ouvriers de l'industrie manufacturière Mais il est difficile de l'espérer quant à présent ; son état est précaire, agité, mauvais. Le contrat de louage a réglé cependant avec équité ses rapports avec les maîtres ; il assure à son travail des garanties. Mais le principe du mal ne tient pas aux combinaisons de la loi ; il vient surtout de ces habitudes vicieuses que les ouvriers contractent dans le séjour corrupteur des villes, ou dans l'agglomération des individus et des sexes pour le travail commun ; agglomération nécessaire peut-être pour le succès de la production, mais trop favorable à la propagation du vice.

Il faut aussi faire la part de la réaction qu'exerce sur cette classe le système d'économie commerciale, qui pousse jusqu'à l'encombrement la marche aveugle de la production. Tant que les débouchés ne sont pas obstrués, le travail se soutient avec ardeur, et l'ouvrier, plus insouciant encore que le maître, car il est moins éclairé, l'ouvrier, dis-je, jouit du présent avec cet abandon qui fait son malheur, sans penser qu'une crise peut, d'un jour à l'autre, le laisser à la merci du hasard. Bientôt en effet le mal se fait sentir ; l'encombrement étouffe le manufacturier de ses fatales ri-

chesses, la fabrique se ferme, et l'ouvrier est congédié, n'ayant pas su, dans son imprévoyance de l'avenir, se préparer par ses économies une transition à d'autres travaux! Triste fluctuation entre une surexcitation fébrile pour la production et une atonie mortelle! Résultat déplorable d'une concurrence effrénée, qui livre à l'instabilité les fortunes industrielles, et jette, par contre-coup, l'ouvrier dans l'alternative de la misère ou de la révolte! Les économistes ont cherché un remède à cette plaie cruelle; ils ont parlé de multiplier les caisses d'épargne et les établissements de bienfaisance, de favoriser l'instruction religieuse et morale, d'organiser des tribunaux de prud'hommes, d'imprimer à la production une meilleure direction, de créer des exutoires salutaires en encourageant l'émigration et l'expansion vers les colonies, etc., etc. Toutes ces pensées sont bonnes. Dieu veuille qu'elles soient efficaces, et que la classe ouvrière ne soit pas celle qui vomira sur notre société de nouveaux barbares prêts à la déchirer!



CODE CIVIL,

LIVRE TROISIÈME,

TITRE VII :

DE L'ÉCHANGE.

(DÉCRÉTÉ LE 7 MARS 1804, PROMULGUÉ LE 17 DU MÊME MOIS.)

ARTICLE 1702.

L'échange est un contrat par lequel les parties se donnent respectivement une chose pour une autre.

SOMMAIRE.

1. Origine de l'échange; son antiquité.
2. Différences que le droit romain mettait entre l'échange et la vente. Tentative des Sabiniens pour amener l'égalité entre les deux contrats.
3. État du droit actuel. Rapports de l'échange et de la vente.
4. Différences qui les séparent. L'échange d'un immeuble contre des meubles est-il une vente ou un échange? Discussion avec MM. Championnière et Rigaud.
5. Du mélange de la vente dans l'échange alors qu'il y a soulte.
6. Utilité de fixer dans un cas pareil le caractère du contrat afin de savoir s'il peut être attaqué pour cause de lésion.
7. *Quid* de la perception des droits d'enregistrement quand il y a soulte?
8. L'estimation donnée à l'une des choses échangées n'enlève pas au contrat le caractère d'échange.
9. Pour qu'il y ait échange, il ne faut pas que la chose parvienne entre les mains de celui qui la reçoit à titre de dation en payement. Cas divers et douteux examinés.
10. Rôle important de l'échange dans le régime dotal.
11. L'échange opère subrogation.
12. Suite.
13. Comment cette vérité doit être entendue. Distinction entre les qualités extrinsèques d'une chose et ses charges intrinsèques.

COMMENTAIRE.

1. L'usage de la monnaie est une découverte tardive de la civilisation. Il est encore ignoré chez plusieurs peuplades de l'Afrique et de l'Amérique. Les traditions de la vieille Europe attestent que les races qui l'ont couverte primitivement ont passé par un état analogue de grossièreté et de barbarie.

Il suit de là que l'échange, c'est-à-dire le contrat par lequel les parties se donnent respectivement une chose en nature pour une autre, a dû précéder la vente, dont l'un des éléments principaux est un prix en argent (1). La vente ne date que de l'établissement d'un signe monétaire. L'échange se perd dans la nuit des temps; il est contemporain des premières transactions que le besoin ait fait naître.

2. Mais comme la vente n'est venue s'ajouter à l'échange que pour rendre le commerce plus prompt et plus commode, il s'ensuit que ces deux contrats, issus de la même origine, et marchant au même but, ont dû avoir ensemble les rapports les plus intimes d'analogie (2). En droit français, leur confraternité est manifeste; elle se signale dans les articles 1703, 1704 et 1707. Toutefois, il y a entre eux quelques différences (3). Elles étaient beaucoup plus graves dans le droit romain.

Comme je l'ai dit dans mon Commentaire de la *Vente* (4), le vendeur n'était pas tenu, suivant les idées romaines, de rendre l'acheteur propriétaire; il suffisait qu'il lui fît tradition de l'objet vendu, et qu'il lui en procurât la jouissance paisible. Mais dans l'échange il n'en était pas ainsi : chacun des copermutants devait transférer à l'autre la propriété (5).

De plus, la vente se contractait par le seul consentement. Au contraire, pour former un échange, espèce de convention sans nom légitime dans le vocabulaire

---

(1) Mon Comment. de la *Vente*, n° 1. Paul, l. 1, § 1, D. *De cont. empt.*

(2) *Permutatio vicina emptioni*, dit le jurisconsulte Paul, l. 1, D. *De cont. empt.*

(3) V. l'art. 1706.

(4) N° 4.

(5) Paul, l. 5, D. *De præscript. verbis*, et l. 1, § 3, D. *De rer. permutatione*. Mon Comm. de la *Vente*; loc. cit., et t. 2, *Supplément*, p. 623.

du droit civil privilégié (1), il fallait la tradition; ce n'était que par elle que le contrat commençait (2). La convention de se céder réciproquement deux choses en nature n'était pas obligatoire; ce n'était qu'un pacte (3).

Enfin, si l'un des copermutants livrait la chose sans que l'autre satisfît à son obligation, le premier pouvait agir par condiction pour répéter ce qu'il avait transféré (4), ou bien il pouvait agir par l'action *præscriptis verbis* pour être indemnisé du tort que l'inexécution du contrat lui causait, et obtenir par la voie de dommages-intérêts une somme égale aux avantages que l'acquisition lui aurait procurés (5). Enfin il pouvait faire servir l'action *præscriptis verbis* à obliger son adversaire à lui livrer la chose convenue (6).

Dans le contrat de vente, la répétition dont nous venons de parler n'avait pas lieu; le vendeur qui avait rempli son obligation n'avait qu'une action pour forcer l'acheteur à accomplir la sienne; il n'aurait pas été recevable à réclamer la restitution de la chose livrée, sous prétexte que l'acheteur ne payait pas le prix (7).

Voilà donc des différences remarquables, et dès lors l'on sent combien il était nécessaire dans le droit romain de ne pas confondre la vente avec l'échange. Le jurisconsulte Paul nous apprend cependant que la secte des Sabiniens avait cherché à opérer une fusion entre ces deux contrats, prétendant que le prix d'un objet peut aussi bien se trouver dans une chose en nature que dans une somme d'argent (8). Quel pouvait être le principe de ce système? Était-ce ignorance de l'histoire, ou manque d'analyse scientifique? Il n'est pas permis de le supposer. Une conjecture plus vraisemblable peut être admise : la secte des Sabiniens avait pour but de faire prévaloir les principes de l'équité dans le droit civil (9); or elle devait être choquée de l'inégalité que ce droit formaliste et étroit plaçait entre deux contrats unis par tant de rapports d'affinité; elle dut surtout trouver étranges ces subtilités de la jurisprudence, qui, d'une part, dispensait le vendeur de rendre l'acheteur propriétaire, et qui, de l'autre, ne lui accordait pas le droit de résolution tacite ou la condiction. Il est probable dès lors que les Sabiniens entreprirent une réforme qui ne pouvait s'accomplir que par la fusion des deux contrats, et que leur arrière-pensée fut de les faire participer réciproquement à ce que chacun d'eux avait de conforme au droit naturel. C'était tenter pour la vente et l'échange, ce que Justinien fit plus tard pour la prescription et l'usucapion (10). Mais l'entreprise était prématurée. Les Proculéiens, plus sévères, la combattirent; ils la firent avorter (11); et, malgré tous les progrès de la science sous les empereurs chrétiens, elle ne put jamais se naturaliser dans le droit romain. Il était réservé à la jurisprudence moderne, et particulièrement au Code civil, de réaliser des idées si équitables, et dont on voit que l'origine date de loin.

3. Voyons donc quels points de contact l'échange a, dans le droit actuel, avec la vente; faisons surtout ressortir en quoi nos idées ont perfectionné celles des Romains.

D'abord, l'échange est chez nous un contrat consensuel. Il est parfait par le consentement des parties, et nous repoussons toutes les distinctions des Romains entre les simples pactes et les contrats. Ainsi la tradition n'est nullement nécessaire pour donner naissance à l'échange. C'est là une première dérogation au droit romain et une affinité de plus entre la vente et l'échange (12).

En second lieu, l'échange est, comme la vente, un contrat synallagmatique et intéressé de part et d'autre : seconde dérogation au droit romain, qui, faisant de l'échange un contrat *do ut des*, un contrat *réel* innommé, le réduisait à la condition de contrat unilatéral, puisque, dès l'instant que l'un des contractants avait livré sa chose pour en recevoir une autre, la partie qui devait lui donner un équivalent restait seule obligée (13).

En troisième lieu, la vente et l'échange ont ce point de ressemblance, que, d'après les principes du Code civil, tous les deux doivent transférer la propriété. C'est un progrès imprimé à la vente, et qu'elle enviait jadis au contrat d'échange, plus avancé qu'elle, sous ce rapport, dans les voies de l'équité (14).

En quatrième lieu, la clause résolutoire est sous-entendue dans la vente et dans l'échange, pour le cas d'inexécution des conventions stipulées (article 1184). Autre conquête de la vente, qu'elle doit à l'ancienne jurisprudence française, et qui la rapproche de l'échange, seul investi chez les Romains d'un privilége analogue (15).

En cinquième lieu, l'obligation de garantir est commune aux deux contrats (16).

Enfin, tout ce que nous avons dit, dans notre Commentaire de la *Vente*, des obligations que la bonne foi impose au vendeur et à l'acheteur, du péril de la chose vendue, etc., est commun à l'échange (17).

4. Quant aux différences de la vente et du contrat qui nous occupe, elles seront bientôt résumées, parce qu'elles sont peu nombreuses.

Dans le contrat de vente il n'y a qu'une chose vendue et qu'un seul prix; il n'y a par conséquent aussi qu'un vendeur et un acheteur. Dans l'échange, chacune des deux choses est à la fois la chose et le prix, et l'on ne peut distinguer le prix de la chose; chacun des contractants est en même temps vendeur et acheteur (18).

---

(1) C'était ce qu'on appelait *do ut des*. Cujas, sur le Code *De rer. permut.*

(2) Paul, l. 1, §§ 2 et 3, D. *De rerum permutatione*. Bruneman, sur cette loi.

(3) Cujas dit (M. Ducaurroy, *Inst. expliq.*, t. 3, p. 131) : Permutatio autem non ex nudo consensu, sed ex re traditâ initium obligationi præbet, *quia ejus contractus nomen legitimum non est* (sur le Code *De rer. permut.*)

(4) Paul, l. 5, D. *De præscript. verbis*. Ulp., l. 1, D. *De condict. causâ datâ*. Cujas, sur le C. *De rer. perm.*

(5) Paul, l. 5, §§ 1 et 2, D. *De præscript. verb.* Ulp., l. 7, § 2, D. *De pactis*. Papinien, l. 7, 8 et 9, D. *De præscript. verb.* M. Ducaurroy, *Inst. expliq.*, t. 3, p. 131 et 132, et p. 150.

(6) *Dioclét.* et *Maxim'*, l. 8, C. *De permut.* Pothier, *Pand.*, t. 1, p. 549, n° 3, et *Vente*, n° 622.

(7) Mon Comm. de la *Vente*, n° 621.

(8) L. 1, § 1, D. *De cont. empt.*

(9) Pothier, préface de ses *Pandectes*. M. Berryat-Saint-Prix, *Hist. du droit romain*, p. 127 et 128.

(10) Mon Comm. de la *Prescript.*, nos 15, 16 et suiv.

(11) Paul, l. 1, § 1, D. *De cont. empt.*

(12) Pothier, *Vente*, n° 622; art. 1703 du C. c.

(13) M. Duranton, de l'Échange, n° 543.

(14) Mon Comm. de la *Vente*, n° 4.

(15) Je dis *analogue* et non pas égal; car il ne faut pas tout à fait confondre la condiction des Romains avec notre clause résolutoire tacite. *Infrà*, n° 25.

(16) Pothier, n° 621, *Vente*, l. 2, C. *De rer. permut.*

(17) Pothier, *id.*, nos 625 et 626. *Infrà*, art. 1707.

(18) Paul, l. 1, § 1, D. *De cont. empt.*

L'obligation de garantir est réciproque, tandis que dans la vente elle ne pèse que sur le vendeur.

La rescision pour lésion n'a pas lieu dans le contrat d'échange (art. 1706).

Enfin, dans la vente, le prix doit consister en argent (1); mais dans l'échange les deux équivalents sont des choses en nature (2), et même assez ordinairement, des choses de même espèce, dont l'une est subrogée à l'autre (art. 1559, C. c.). Lorsque cette dernière circonstance se rencontre, l'échange est loin d'opérer une aliénation aussi profonde et aussi radicale que la vente. C'est ce qui fait qu'aux yeux des jurisconsultes qui ont embrassé avec une rigueur stoïque le principe de l'inaliénabilité de la dot, l'échange, quoiqu'étant un moyen d'aliénation, a cependant paru compatible avec la conservation du patrimoine de la femme, tandis que la vente est sévèrement interdite. La vente, en effet, procure au vendeur une somme d'argent qu'il peut dissiper. Mais l'échange de l'immeuble dotal contre un autre immeuble qui reçoit à l'instant la mainmise dotale, assure à la femme toutes ses garanties.

J'ai dit que, le plus ordinairement, l'échange ne se fait que d'espèce à espèce (*species pro specie*). Mais rien n'empêche cependant d'échanger une chose d'une nature pour une chose d'une autre nature (3); par exemple, un immeuble contre un ou plusieurs meubles d'égale valeur. Le contrat qui contiendrait une telle convention serait, en droit, un véritable échange, et on ne pourrait lui donner un autre nom, et l'appeler une vente, sans sortir des principes de la matière. Car la règle donnée ici par la loi romaine et par les docteurs est celle-ci : *emptio fit pretio, permutatio fit rebus*. Ainsi, si je donne à Pierre un domaine rural de la valeur de 10,000 fr. pour un tableau de Raphaël d'égale valeur que je reçois en retour, c'est là un véritable échange, ainsi que je l'ai dit dans mon Commentaire de la *Vente* (4).

Cette vérité a été combattue par MM. Championnière et Rigaud (5). Ces deux auteurs soutiennent que, dans le droit français, opposé en cela au droit romain, il a toujours été de règle de donner le nom de vente au contrat dans lequel le prix consiste en objets mobiliers, et de réserver le nom d'échange à celui-là seul dans lequel il y a dation d'une espèce pour une autre espèce, et intention de conserver la chose reçue. Mais je ne saurais approuver un tel système, et l'autorité des feudistes, dont on cherche à l'appuyer, est loin de m'avoir convaincu.

Consultons d'abord le plus grave de tous, Dumoulin. On sait que l'usage des fiefs, consacré par les Coutumes, faisait peser un droit de mutation appelé lods et ventes sur les mutations de censives opérées par vente (6). Si on eût pris à la lettre le sens du mot *vente*; si on n'eût pas étendu la perception du droit à toutes les mutations équipollentes à vente, ou affectant des effets analogues à la vente, des fraudes sans nombre, des subterfuges insaisissables auraient anéanti ce profit féodal. Les feudistes l'avaient senti, et ils s'étaient accordés à reconnaître que la vente ne devait pas être prise ici dans sa véritable acception. C'est là la doctrine qu'on va voir professée par Dumoulin; par Dumoulin, disons-nous, cet esprit si peu favorable aux prétentions des seigneurs.

Il commence par exposer (7) que le mot *vente* a trois significations; une signification très-large et embrassant tous les actes d'aliénation (8); une signification large, comprenant tous les actes d'aliénation à titre onéreux; enfin une signification propre et restreinte au vrai contrat de vente.

En général et dans toutes les matières où les mots doivent être pris dans l'acception propre, continue-t-il (9), la vente ne s'entend que du contrat de vente proprement dit. Mais il en est autrement toutes les fois que des motifs particuliers et des raisons de faveur ou d'identité, forcent à sortir du vrai sens du mot. Ainsi : est-il certain que la loi n'a pas fait mention de la vente à cause d'elle seulement, mais à cause d'une certaine fin qu'un autre acte réaliserait tout aussi bien que la vente? alors la vente n'est là que par forme d'exemple, *exempláriter*. On étendra donc la loi à tous les cas analogues, non pas par la vertu de la signification du mot vente, mais par la puissance de l'analogie; *non propter generalem aliquam significationem ipsi verbo venditionis inexistentem, sed propter eamdem rationem et materiam subjectam* (10).

Or, dans la Coutume de Paris, poursuit notre auteur (11), nous ne nous enfermons pas dans le mot *vente*, pour en exclure les autres contrats à qui la définition de la vente ne convient pas en termes adéquats. « *Non ita* STRICTE *hic assumemus venditionem* « *ut omnem omnino contractum excludamus cui* « EXACTA VENDITIONIS DEFINITIO ADÆQUATE *et* FORMALITER « NON *convenit*. » Mais nous assimilons à la vente tout contrat qui a les mêmes tendances que la vente. *Generaliter in omni contractu qui* IN VENDITIONEM TENDIT; nous portons surtout notre attention sur les choses qui sont données en place de la censive aliénée; de telle sorte que, si elles ne sont pas reçues pour être conservées par le feudataire en place du bien servant (comme par exemple dans le cas où des meubles faciles à faire disparaître et prompts à être vendus, sont reçus en échange d'un immeuble tenu en fief ou en censive (12), nous voyons dans cette circonstance une ouverture au profit de lods et ventes et au retrait, tout aussi bien que dans la vraie vente, *sicut in* VERA ET FORMALI VENDITIONE (13), et c'est là une analogie juste et équitable, sans laquelle on ne pourrait saisir la fraude : AD VITANDAS FRAUDES (14).

Enfin il conclut en ces termes : « *Et sic ad hunc* « *textum habes ampliationem... nedum in strictâ et* « FORMALI VENDITIONE, *sed etiam in datione in solutum,* « *vel quâvis alienatione symbolizante et* REDUCIBILI *ad* « *venditionem, secundum prædicta* (15). »

Maintenant, je le demande à quiconque se sera

(1) Mon Comm. de la *Vente*, n° 146.

(2) *Differentia*, dit Cujas, *inter permutationem et emptionem : emptio fit pretio, permutatio* FIT REBUS (sur le Code *De rer. permut.*). Et cette règle est tirée de la loi 7 au C. *De rerum permutatione*.

(3) V. les lois 26, D. *De jure dotium*, et 16, D. *De condictione causâ datâ non secutâ*.

(4) N° 147.

(5) Traité des droits d'enregistr., t. 3, n°s 1709 et suiv.

(6) Art. 78, Cout. de Paris. Voyez mon article sur l'Origine des droits d'enregistr., dans la *Revue de législat.*, t. 10, p. 277.

(7) Sur Paris, § 78, glose 1, n° 2.

(8) L. *Sicut*, § *Venditionis*, D. *Quib. modis pignus*.

(9) N°s 2 et 3.

(10) N° 6.

(11) N° 8.

(12) Attentis rebus aut juribus quæ pro re feudali vel censuali dantur vel remittuntur, sive sint promercales sive fungibiles, sive etiam neutrum, sed *tales ut* NON SOLEANT SERVARI, *sed vendi et commutari*, n° 8.

(13) N°s 8 et 9.

(14) N° 9.

(15) N° 9.

pénétré de cette doctrine de Dumoulin, est-il possible de penser que notre droit coutumier ait voulu s'écarter, en principe et d'une manière fondamentale, des règles éternelles données par le droit romain pour distinguer la vente de l'échange? ne résulte-t-il pas au contraire de l'argumentation de Dumoulin, qu'à s'en tenir au sens littéral des mots, l'échange des meubles contre des immeubles ne devrait pas être qualifié du nom de vente? et que si la jurisprudence féodale sur les lods absorbait le premier de ces contrats dans le second, c'était par la force des analogies et par des raisons tout à fait spéciales et d'exception? Ce qu'avait dit Dumoulin, un autre jurisconsulte, son émule, l'avait aussi enseigné. « Porrò cum venditio« nem dicimus (disait d'Argentré (1)), omnem omninò « contractum intelligimus qui directè aut verbis ex« pressis venditionem resonet, *aut quid, tametsi ver« bis aliud sonet, re et effectu in venditionem reducitur « et coincidit;* » et il donne pour exemple la dation en payement, la cession pour des droits pécuniaires, l'échange d'immeubles contre des meubles.

Mais écoutons un autre feudiste souvent cité par MM. Championnière et Rigaud, et dont l'autorité n'est pas sans force : je veux parler de Legrand (2).

« Par la même raison, les droits seigneuriaux sont « dus lorsque l'on échange des héritages avec blé, « vin, drap, toile ou autre chose semblable; encore « *que ce ne soit pas* ACHAT ET VENTE, *mais* ÉCHANGE (3), « d'autant *que le prix de la vente doit consister in « numeratâ pecuniâ;* mais pourtant nous observons « que droits seigneuriaux en sont dus *afin d'éviter les « fraudes...;* n'y ayant point de ventes qui ne puis« sent être déguisées et couvertes du titre d'échange, « à cause que les meubles communs trouvent facile« ment des acheteurs, *et velut pecuniâ funguntur...,* « et ensuite aussi le retrait lignager y doit avoir « lieu..., ce qui s'entend *des meubles tant précieux « qu'ils puissent être.* »

Je pense que ces citations pourront suffire pour détruire la proposition des auteurs que je combats. Il est évident qu'ils ont voulu transporter dans le droit commun une jurisprudence qui n'avait de valeur que dans la matière spéciale des lods et des retraits, si hérissée d'anomalies.

Je sais que cette erreur était échappée à certains feudistes, dont ils ont suivi les enseignements. Fonmaur, par exemple, après avoir rappelé les principes du droit qui exigent que le prix de vente soit en argent et non pas en denrées, ajoute : « Mais notre ju« risprudence s'est écartée de ce principe, *en tant « que nous considérons comme vente* celle dont le prix « n'est pas en argent, mais en choses mobilières ou « réductibles en deniers (4). » Si on se place en dehors des matières féodales, je ne crains pas de dire avec nos plus grands feudistes, que c'est là une proposition fausse par sa trop grande généralité. Je trouve dans l'ouvrage même de Fonmaur le correctif qui la limite. Il dit ailleurs en effet : « Dans *la rigueur des « termes,* l'échange d'un immeuble contre un meuble « *ne peut avoir le caractère d'une vente, puisque le « prix en argent est de l'essence de la vente,* selon le « droit romain...; *mais en ce qui* CONCERNE LE PAYE« MENT DES LODS, *le contrat est considéré comme une « vente* (5). »

Il est vrai qu'un peu plus bas Fonmaur reprend un langage plus absolu, et répète que, « *selon nos prin« cipes, contraires à cet égard au droit romain,* nous « considérons comme vente celle dont le prix est ac« quitté en choses mobilières (6). » Mais il est facile de voir que l'auteur, influencé par les anomalies de son sujet, pousse l'illusion jusqu'à vouloir les élever à la hauteur de règles générales. D'ailleurs cette prétendue opposition de la jurisprudence française avec le droit romain, n'a jamais existé! Dumoulin, auquel renvoie Fonmaur (7), montre au contraire que les deux droits s'harmonisent parfaitement, et qu'ils ne commencent à se diviser qu'accidentellement et sur la matière des lods et des retraits. C'est aussi ce que Pothier n'avait cessé d'enseigner; Pothier, dont l'esprit s'est pour ainsi dire transfusé dans le Code civil, dans presque tout ce qui tient aux contrats (8).

Du reste, ce n'était pas seulement pour éviter les fraudes que les feudistes avaient été amenés à assimiler à la vente les échanges d'immeubles contre des meubles. Il y en avait une autre raison non moins décisive; raison que nous avons vue touchée par Dumoulin et qui prouve de plus en plus combien il y aurait de dangers à argumenter des matières féodales aux questions gouvernées par le droit commun. Les lods et ventes étaient le prix de l'approbation donnée par le seigneur au nouveau tenancier qui se présentait à lui pour prendre la place de l'ancien (9). Il est clair, dès lors, qu'ils devaient être payés toutes les fois qu'il y avait mutation d'homme, comme on disait alors, c'est-à-dire toutes les fois que la personne agréée par le seigneur pour posséder la chose concédée en mettait une autre à sa place. Mais la redevance devait-elle être payée lorsqu'il s'agissait de l'échange de deux héritages situés dans l'enclave de la même seigneurie et dépendants du même seigneur? La jurisprudence coutumière se prononça en général pour la négative, par cette considération, que les héritages, se trouvant subrogés l'un à l'autre, semblaient en quelque sorte n'être pas aliénés (10). Par le moyen de cette subrogation, la dépendance seigneuriale restait la même; l'on demeurait de part et d'autre dans les mêmes conditions; on continuait à rester vassal ou censitaire du même seigneur, à raison de biens de même valeur (11). Mais, on le voit, pour que cette raison de décider se rencontrât, il fallait de toute nécessité que l'échange fût fait avec l'intention positive de ne se dépouiller que pour acquérir et conserver une chose de même espèce. Pourquoi? parce que le seigneur qui avait concédé son domaine au vassal ou au censitaire, pour le tenir en fief ou en censive, avait droit d'exiger que les choses restassent dans l'état où il les avait placées. Or, si un vassal eût, par exemple, échangé le fief contre un meuble, il serait arrivé que celui que le seigneur avait choisi pour son tenancier aurait cessé de l'être, que sa place aurait été prise par un autre; et là se serait rencontrée une de ces mutations d'homme qui ne pouvaient arriver sans l'agrément du seigneur et le payement des lods et ventes. Que si, au contraire, le vassal n'eût fait qu'échanger

(1) Sur Bretagne, art. 59, n° 1.
(2) Sur Troyes, t. 4, art. 55, n° 22.
(3) Et il cite l. 1, D. *De cont. empt.* L. 1, D. *De rer. permut.* L. 63, *id.*
(4) Des lods et ventes, n° 308. V. aussi n° 200.
(5) N° 327.
(6) *Ibid.*
(7) Dans son n° 200.
(8) L'art. 157 de la Cout. de Troyes disait : « *Héritage* ÉCHANGÉ « contre les biens meubles; il y a retrait. » Ne résulte-t-il pas encore de là que dans le langage des coutumes ce n'était pas autre chose qu'un échange?
(9) Mon art. sur les droits d'enregistr., *Revue de législ.*, t. 10, p. 280.
(10) Legrand, sur Troyes, t. 4, art. 55, p. 186.
(11) Fonmaur, n° 330.

un immeuble contre un autre immeuble relevant du même seigneur, il en eût été autrement. Car le seigneur eût toujours trouvé dans les mains de son vassal un immeuble relevant de lui, et l'autre héritage déplacé par l'échange n'aurait fait qu'aller dans des mains également attachées aux siennes par le lien féodal. D'où il suit que, la mutation d'homme cessant, le payement des lods et ventes devait cesser aussi.

On voit combien, dans ce système, il y avait de différence entre l'échange d'un immeuble contre un immeuble, et l'échange d'un immeuble contre un meuble. Au point de vue féodal, le premier n'était pas censé contenir une aliénation ; le second au contraire entraînait une aliénation aussi grave que la vente et lui était assimilé. Mais qu'y a-t-il de commun entre ces distinctions sorties des entrailles du droit des fiefs, et notre droit civil ordinaire?

Je crois donc pouvoir maintenir la proposition que j'ai avancée dans mon Commentaire de la *Vente*, savoir, que lorsque le prix ne consiste pas en argent monnayé, il y a échange et non pas vente. Telle est la règle constante ; il ne faut pas s'en écarter.

Si cependant il résultait des circonstances que les parties, au lieu de vouloir faire un échange sincère, ont été mues par la double intention d'opérer une vente et de la déguiser, il ne faudrait pas hésiter à restituer au contrat son caractère véritable. La simulation ne saurait l'emporter sur la réalité des faits.

5. L'échange se trouve quelquefois mélangé de vente. C'est ce qui arrive lorsqu'il ne se fait pas but à but et qu'on stipule le payement d'une soulte en argent. Dans ce cas, il y a vente jusqu'à concurrence de la soulte (1). Par exemple, j'ai échangé un héritage de la valeur de 12,000 fr. contre un héritage du prix de 4,000 fr., et une soulte de 8,000 fr. La soulte étant ici des deux tiers de la valeur de l'échange, c'est comme si j'avais vendu les deux tiers de mon immeuble et échangé le surplus.

Mais dans le concours des deux éléments divers dont se compose le contrat, quel est celui qui lui donne son nom?

Bruneman proposait les distinctions suivantes, qu'il appuyait sur l'opinion de graves auteurs (2).

Si la soulte excède la valeur de la chose, comme dans l'espèce posée tout à l'heure, ce sera une vente plutôt qu'un échange. L'échange ne sera qu'un accessoire. On aperçoit au premier coup d'œil la justesse de cette solution.

Si la soulte est égale à la chose, ce sera encore une vente, parce que, dans le doute, on doit faire triompher le contrat le plus noble. *Venditio dignior est quæ in dubio proferenda*. Mais j'avoue que j'aimerais mieux dire qu'il est préférable de consulter les circonstances de l'acte ainsi que l'intention des parties et le nom qu'elles ont donné au contrat ; car je ne vois pas que la vente soit fondée à réclamer, chez nous, le privilége de la dignité et de la supériorité sur les autres conventions.

Si le prix est inférieur à la chose, le contrat d'échange prévaudra ; la soulte ne sera qu'un accessoire. Il est clair que cette décision ne saurait être controversée, et il me semble qu'on trouvera dans ces distinctions, fondées sur la raison et sur la nature des choses, des règles beaucoup plus certaines que dans l'opinion de M. Championnière, qui veut aller chercher la première et la plus sûre des directions dans la dénomination que les parties ont donnée à leur convention (3). Sans doute, je ne m'oppose pas à ce que cette dénomination soit prise en grande considération (et je l'ai moi-même conseillé tout à l'heure) lorsque les éléments des deux contrats se balancent tellement que le juge est jeté dans un doute sérieux. Mais lorsque l'élément de la vente a assez de prépondérance pour réduire l'élément de l'échange à un simple accessoire, et réciproquement, le nom donné à la convention ne saurait faire fléchir la puissance de cet indice décisif.

Pothier a aussi examiné la question du point de vue des coutumes ; il passe en revue leurs dispositions, afin d'arriver à la solution d'un point de droit alors très-intéressant, savoir : l'application du retrait lignager à l'échange avec soulte (4). Il était certain que l'échange fait but à but ne donnait pas lieu au retrait lignager ; mais que devait-on décider quand une soulte venait s'y ajouter? le droit commun coutumier (5) était que lorsque la soulte excédait l'importance de l'héritage donné avec elle en contre-échange, le retrait avait lieu ; c'était la confirmation du premier et du troisième membre de la distinction de Bruneman.

Mais comment s'effectuait le retrait? devait-il avoir lieu pour le tout, ou seulement pour le prorata de la soulte? Les coutumes variaient. A Paris, le retrait ne pouvait porter que sur une partie de l'immeuble proportionnelle à la soulte (6). A Orléans (7), et dans un plus grand nombre de coutumes, le retrait entraînait à lui la totalité de l'héritage, et l'on réglait la nature du contrat par l'élément prédominant. Après avoir pesé la valeur de ces deux systèmes, Pothier voulait que dans le doute le retrait s'exerçât pour le tout et non à proportion de la soulte ; son motif était que la prépondérance du prix imprimait au contrat le caractère de vente, par argument de la décision de Pomponius dans la loi 6, § 1, D. *De actionibus empti* (8) ; que l'héritage donné avec la somme d'argent n'arrivait qu'en supplément de prix et à titre d'accessoire ; qu'ainsi son contact n'était pas suffisant pour changer la nature de la vente.

6. J'ai dû retracer ces opinions parce qu'elles ne sont pas inutiles lorsqu'il s'agit de savoir si un acte d'échange avec soulte est susceptible de rescision pour lésion. Si cette question se présentait, je pense qu'il faudrait la résoudre avec les distinctions qu'on vient de voir, et les idées de Pothier (9). Lorsque la soulte excède la valeur de l'immeuble qui marche avec elle, le caractère de vente est tellement marqué, qu'on ne pourrait sans violence l'enlever à l'acte. Le contrat entaché de lésion sera donc sujet à rescision, non-seulement jusqu'à concurrence de la soulte, mais encore pour le total.

On voit que je me prononce ici pour l'unité du contrat, tandis que dans mon Commentaire de la *Vente* (10), j'ai pensé qu'une donation rémunératoire dans laquelle la chose donnée excède la valeur des services dus, doit être scindée de telle sorte que le donataire ait l'action de garantie contre le donateur pour la partie de l'immeuble représentant la valeur des services,

(1) Mon Comm. de la *Vente*, n° 10. Pothier, *Retraits*, n° 92.

(2) Sur le tit. *De rer. permut.*, au D. l. 1, nos 2, 3.

(3) Traité des droits d'enregistr., t. 1, n° 86.

(4) *Retraits*, nos 91 et 92.

(5) Je dis *commun* et non pas *universel*, car il y avait dans les coutumes des nuances diverses. (V. Pothier, *loc. cit.*)

(6) Art. 145.

(7) Art. 384.

(8) Si vendidi tibi insulam certâ pecuniâ, *et ut aliam insulam meam reficeres, agam* EX VENDITO, *ut reficias*. V. le présid. Favre, sur cette loi (*Rationales ad Pand.*).

(9) *Infrà*, n° 28.

(10) N° 8.

dont il viendrait à être évincé. Ces deux opinions ne sont nullement inconciliables. Je les ai empruntées l'une et l'autre à Pothier, qui n'a pas cru tomber en contradiction avec lui-même en les professant. On sent que dans le cas de donation, il y a des tempéraments à garder pour que la libéralité ne devienne pas onéreuse à un donataire si favorable. Il ne faut pas que les louables intentions du donateur pour le récompenser, tournent à son détriment et le privent d'un droit qu'il aurait eu sans la donation. Or on tomberait dans cet excès si on s'en tenait avec une rigueur malheureuse à l'unité de l'acte.

Mais lorsque des raisons de cette importance ne se présentent pas, l'unité de l'acte est en général préférable. Elle évite de nombreux inconvénients et, par exemple, dans le cas de rescision pour lésion, comme dans le cas de retrait, elle prévient des discussions et des embarras fâcheux, conséquences de la division de l'immeuble.

Je ne sais si M. Championnière avait fait assez d'attention à ces nuances délicates, lorsqu'il a critiqué l'opinion que j'ai enseignée dans mon Commentaire de la *Vente* (1). Mais elles ont à mes yeux tout le poids nécessaire pour me faire persister dans ce que j'ai avancé.

7. Lorsqu'il y a lieu de percevoir les droits d'enregistrement d'un acte qualifié échange, la règle si flexible de l'unité du contrat reçoit une modification.

Quelle que soit la valeur de la soulte, on la considère comme opérant une vente à proportion de son étendue; mais le droit de vente n'est pas perçu sur la totalité du contrat; il n'est perçu que jusqu'à concurrence de la soulte; le surplus paye comme contrat d'échange (2). C'est aussi ce qui avait lieu dans l'ancien droit. Les lods n'étaient perçus que sur le montant du retour (3).

8. Un acte ne cesserait pas d'être un échange parce qu'on aurait estimé en argent l'une des choses qui sert à l'autre d'équivalent (4). Il y aurait violation de la loi des parties, si celui qui s'est obligé à livrer cette chose voulait la remplacer par la somme d'argent qui lui sert d'évaluation. *Aliud pro alio, invito creditore, solvi non potest* (5).

9. Pour que le contrat d'échange conserve toute sa pureté, il faut que la chose donnée en contre-échange arrive entre les mains de celui qui doit la recevoir, sans aucun fait intermédiaire.

Pour faire comprendre cette idée, supposons que nous convenions ensemble que je vous livrerai l'immeuble A pour le prix de 50.000 fr.; et que, par une addition postérieure à cette convention, je consente à recevoir en payement de cette somme l'immeuble B. Un tel contrat ne sera pas un échange; ce sera une vente et un contrat de dation en payement. L'immeuble B ne m'étant arrivé que par la substitution convenue de ce domaine à la somme de 50,000 fr., il y a là un fait intermédiaire qui fait de notre convention autre chose qu'un échange.

De même, si je vous cède le Pré-Neuf pour 20,000 fr., et que le jour même, j'emploie cette somme à l'achat d'un bois de même valeur, on ne pourra pas dire que j'ai acquis ce bois par le moyen d'un échange. Je me suis défait du Pré-Neuf par une vente, et c'est une autre vente qui m'a fait acquérir le bois (6).

Mais supposons que je vous aie cédé le pré dont il s'agit, pour 20,000 fr., en payement desquels il a été convenu, incontinent et sans désemparer, que vous donneriez en payement le bois Beguin; je pense que, malgré l'obscurité tortueuse d'un pareil acte, on devrait y voir un contrat d'échange. Il est vrai que Pothier ne partage pas ce sentiment (7); mais, en approfondissant le fait qui s'est passé entre les parties, on voit clairement que c'est un échange qu'elles ont entendu faire, et qu'elles ont seulement voulu estimer en argent la chose échangée. La réalité doit l'emporter sur des paroles obscures. *Nec enim ordo scripturæ spectatur, sed potiùs ex jure sumitur id quod agi videtur* (8).

Du reste, on rencontre quelquefois dans le contrat d'échange des stipulations qui en altèrent la simplicité.

Par exemple, la clause qu'une partie pourra reprendre dans dix ans son héritage en donnant une somme, ajoute à l'échange un pacte distinct, indépendant, qui renferme une obligation de vendre (9).

De même, la clause qu'on pourra substituer un héritage au premier qui a été livré n'opère pas la résolution du premier contrat; c'est un second échange, différent du premier. « Non enim, dit Dumoulin, est « resolutio prioris contractûs, sed est novus contrac- « tus per se nihil habens commune cum priori (10).»

S'il avait été convenu dans l'échange de la numération d'une somme en cas d'éviction d'un des immeubles échangés, et que ce cas arrive, l'acte sera réputé vente par rapport à l'immeuble non évincé, qui est réellement vendu. C'est le cas d'une vente soumise à une condition suspensive, dont l'événement a un effet rétroactif au jour du contrat (11).

10. L'échange joue un rôle important dans le régime dotal. Il est le seul moyen de tirer le fonds inaliénable de la femme de cet état de séquestration qui paralyse le mouvement de la propriété d'une manière si fâcheuse dans les pays soumis à ce régime. Mais, quelque faible que soit ce moyen, il est encore aggravé dans la pratique par des formes gênantes qui le font presque toujours négliger. Au reste, cette matière se lie au commentaire de l'art. 1559, dont nous n'avons pas à nous occuper ici.

11. Un effet très-remarquable de l'échange, c'est que la chose reçue à la place de celle qu'on a donnée, lui est subrogée de plein droit et se revêt de toutes ses qualités extrinsèques. *Subrogatum capit naturam subrogati* (12).

Ainsi, si le fonds dotal est échangé, l'immeuble reçu en contre-échange est dotal (13). De même, si pendant la communauté les époux échangent un immeuble propre de la femme, celui qui prendra sa place n'entrera pas en communauté; il sera propre, tout aussi bien que celui qui a été aliéné, et auquel il a été subrogé (14).

(1) V. son Traité si remarquable d'ailleurs, t. 1, n° 89, p. 84, note 1.

(2) Cassat., 28 avril 1830 (Dall., 30, 1, 231). Id. 13 décembre 1809 (Sirey, 10, 1, 143). Art. 69, § 5, loi du 22 frimaire an VII. M. Championnière, t. 3, n° 2175, et t. 4, n° 3453.

(3) Fonmaur, n° 323.

(4) Id., n° 338.

(5) L. 2, § 1, D. *De reb. creditis.* Arrêt de la Cour de cassation, du 25 thermidor an XIII (D., *Prescript.*, p. 93?).

(6) Agen, 10 juillet 1833 (Dal., 34, 2, 206). Sirey, 1834, 2, 535.

(7) *Vente*, n° 618.

(8) L. 6, D. *De solutionibus.*

(9) Fonmaur, n° 338. Dumoulin, § 78, n° 97.

(10) Fonmaur, n° 339. Dumoulin, § 78, n° 97.

(11) Fonmaur, n° 340.

(12) Pothier, *Vente*, n° 630.

(13) Art. 1559 C. c. *Suprà*, n° 4.

(14) Art. [illegible] C. c.

12. Cependant cette règle n'est pas tellement inébranlable qu'on ne puisse y déroger par une convention formelle. Ainsi il a été jugé par arrêt de la Cour de cassation du 31 juillet 1832 (1), que la femme peut renoncer au bénéfice de l'art. 1407 introduit en sa faveur.

13. Au surplus, faisons bien attention que la chose reçue ne prend, par l'effet de la subrogation, que les qualités extrinsèques, c'est-à-dire celles que l'aliénation fait perdre à la chose échangée; mais qu'elle n'est pas affectée par les charges réelles ou intrinsèques qui accompagnent celle-ci dans son mouvement de circulation. Pourquoi avons-nous dit que les qualités de propre, d'acquêt de communauté, de chose dotale viennent s'appesantir sur l'immeuble reçu? C'est que ces qualités, n'étant qu'extrinsèques, ont cessé de régir la chose aliénée, par le seul fait du déplacement de la propriété. Quant aux hypothèques, comme elles continuent à subsister entre les mains du nouvel acquéreur, ce serait faire double emploi que de les reporter sur l'immeuble qui est substitué à la chose hypothéquée (2). L'hypothèque est une charge intrinsèque; elle pénètre dans la chose par une énergie puissante; elle ne l'abandonne jamais, et chevauche avec elle partout où elle va. Elle n'a pas besoin, pour ne pas périr, du secours de la subrogation.

On peut en dire autant de toutes les charges de même nature, telles que substitution, droit de retour, clause résolutoire, etc. Il faut se garder de les confondre avec les qualités extrinsèques, qui ne survivent pas à l'aliénation et qui périraient sans le secours de la subrogation.

Article 1703.

L'échange s'opère par le seul consentement, de la même manière que la vente.

SOMMAIRE.

14. L'échange est un contrat consensuel. *Quid* par le droit romain?
15. Et le consentement a sous le Code civil plus d'énergie que dans l'ancien droit français.
16. Manière d'exprimer le consentement.
17. Des conditions et modes opposés au consentement.
18. De la capacité pour consentir en matière d'échange. — Renvoi.

COMMENTAIRE.

14. J'ai montré ci-dessus par quelle dérogation au droit romain, l'échange est, dans la jurisprudence française, un contrat consensuel (3). Notre article confirme le principe et cimente par sa disposition expresse l'affinité de ce contrat avec la vente.

15. Le consentement a, même sous le Code civil, une énergie qu'il n'avait pas dans notre ancien droit français; c'est qu'il suffit pour transférer la propriété dès qu'il y a accord entre les parties, et que le fait matériel de tradition n'est plus nécessaire pour les rendre respectivement propriétaires de ce qu'elles doivent recevoir (4).

16. Ce consentement peut s'exprimer verbalement, ou par lettre missive, ou par acte sous seing privé, ou par acte authentique. Il faut recourir sur tout ceci aux détails que j'ai donnés dans mon Commentaire de la *Vente*, t. 1, nos 18 à 33.

17. Le consentement peut aussi être pur et simple ou conditionnel, ainsi qu'on en a vu des exemples au no 9 ci-dessus. Je renvoie encore à mon commentaire de l'art. 1584 (5).

18. Il ne peut émaner que des personnes capables. Les incapacités des mineurs, des interdits, des femmes mariées, des prodigues, des établissements publics, et de l'État comme propriétaire des biens domaniaux, se retrouvent ici (6).

Article 1704.

Si l'un des copermutants a déjà reçu la chose à lui donnée en échange, et qu'il prouve ensuite que l'autre contractant n'est pas propriétaire de cette chose, il ne peut pas être forcé à livrer celle qu'il a promise en contre-échange, mais seulement à rendre celle qu'il a reçue.

(1) Dall., 32, 1, 335; Sirey, 1832, 1, 505.
(2) Pothier, *Vente*, no 630.
(3) *Suprà*, nos 2 et 3.
(4) Mon Comm. de la *Vente*, nos 37, 38 et suivants. Art. 711 C. c.
(5) V. mon Comm. de la *Vente*, nos 50 et suiv.
(6) Id., nos 165 et suiv., et l'ordonnance du 12 décembre 1827, sur les formes à suivre pour l'échange des biens domaniaux (Dall., 27, 3, 21).

Article 1705.

Le copermutant qui est évincé de la chose qu'il a reçue en échange a le choix de conclure à des dommages et intérêts, ou de répéter sa chose.

SOMMAIRE.

19. De la délivrance dans l'échange et des caractères qu'elle doit avoir pour être complète et satisfactoire.
20. Si l'un des copermutants prouve que la chose à lui livrée appartient à autrui, il ne peut être forcé de livrer celle qu'il a promise.
21. Mais, pour cela, il ne suffirait pas qu'il y eût un simple trouble de la part d'un tiers dont le droit ne serait pas certain.
22. *Quid* s'il y a preuve que la chose livrée était grevée d'une hypothèque qui menace d'éviction?
23. Du cas où les deux copermutants se sont respectivement dessaisis. Si la chose appartient à autrui, ce sera un cas de résolution du contrat d'échange.
Explication d'un arrêt de la cour de cassation mal compris par les arrêtistes.
24. De l'éviction de l'un des copermutants en vertu d'une cause antérieure au contrat. Actions qui lui compètent.
25. S'il veut reprendre sa chose, aura-t-il action contre les tiers, à qui son copermutant l'avait vendue avant la demande en résolution?
Réponse affirmative et réfutation des objections.
26. Il reprendra même sa chose exempte des charges dont son copermutant l'avait grevée.

COMMENTAIRE.

19. Lorsque l'échange est consommé par la volonté des parties, il doit s'exécuter par la délivrance réciproque des deux choses promises; mais la délivrance, pour être complète, n'est pas celle dont les lois romaines et Pothier donnaient une définition plus subtile qu'exacte, dans le contrat de vente (1). Elle consiste dans le transport de la chose en la puissance et possession de l'échangiste, c'est-à-dire qu'il faut qu'elle transfère précisément la propriété pleine, exclusive (2). Si la chose appartenait à autrui, le cédant ne remplirait pas son obligation en promettant à celui qui l'a reçue avec l'espérance d'en devenir propriétaire incommutable, qu'il le défendra de tout trouble; et si ce dernier n'avait pas encore été inquiété, son cédant ne pourrait étouffer ses justes plaintes sur le danger d'éviction dont il est menacé, en lui disant que le vœu de la loi est rempli, puisque sa possession n'a été jusqu'à présent l'objet d'aucune attaque. Chaque partie, je le répète, contracte l'obligation précise de rendre l'autre propriétaire; elle viole sa promesse si elle ne fait que transférer la chose d'autrui (3).

C'est, du reste, ce que les lois romaines décidaient elles-mêmes pour le cas d'échange, différent en cela à leurs yeux du contrat de vente (4); mais nous avons dit que ces différences ont disparu sous le Code civil.

20. Il suit de là que si l'un des copermutants prouve que la chose qu'il a reçue n'appartenait pas à l'autre contractant (5), il ne peut être forcé à livrer celle qu'il avait promise; il a droit de demander la résolution du contrat, sauf à lui à rendre l'objet qui lui avait été donné (6); c'est ainsi que l'acheteur qui a la certitude que la chose vendue appartient à autrui, est fondé à faire résoudre le contrat et à refuser de payer le prix. Les jurisconsultes qui ont décidé le contraire sur une fausse intelligence de l'art. 1653 (7), ont méconnu les vrais principes; et peut-être que s'ils eussent pris la peine de s'éclairer par l'art. 1704, ils seraient arrivés au véritable résultat, qui est le droit pour l'acheteur de demander la résolution quand il est menacé d'une éviction imminente.

21. Mais, remarquons-le bien, dans le cas de vente comme dans le cas d'échange, l'action en résolution est subordonnée à la preuve que la chose est à autrui. Mais si cette preuve n'était pas faite et qu'il n'y eût qu'un simple trouble émané d'un tiers dont le droit ne serait pas certain, le copermutant devrait se borner à suspendre la délivrance qu'il doit faire, jusqu'à ce que l'autre contractant eût fait cesser le trouble. L'art. 1653 est le supplément naturel de l'art. 1704, lequel ne prévoit qu'un cas unique, celui où il y a preuve que la chose est à autrui.

22. Que devrait-on décider si le copermutant prouvait, non pas que la chose qu'il a reçue est à autrui et que l'autre contractant n'en est pas propriétaire, mais qu'elle est grevée entre ses mains d'une hypothèque qui était restée ignorée lors du contrat?

Je pense que, la résolution étant un remède extrême qui affecte souvent d'une manière fâcheuse le droit de propriété, il ne faut l'autoriser qu'autant qu'il est impérieusement requis par une nécessité légitime. Or il est possible, dans le cas posé, que le cédant fasse disparaître l'hypothèque en payant ce qu'il doit, ou, si c'est une hypothèque légale, en obtenant une restriction autorisée par les art. 2242 et suivants du Code civil (8). L'hypothèque n'est pas une cause certaine d'éviction; elle est plutôt un danger, une menace, dont la propriété peut être sauvée. Il semble donc qu'elle ne doit pas suffire, à elle seule, pour faire résoudre le contrat et pour appliquer l'article 1704. Le copermutant sera assez garanti en suspendant la délivrance jusqu'à ce que son cédant ait fait disparaître le trouble dans un certain délai; ce n'est qu'autant que ce délai viendrait à expirer sans avoir procuré le dégrèvement de l'immeuble, que l'action en résolution devrait être accueillie (9). Je pense aussi que le cédant pourrait exiger la déli-

(1) V. mon Comm., n° 263.

(2) Id.

(3) *Suprà*, nos 2 et 3.

(4) L. 1, § 3, D. *De rer. permut.*

(5) Sur l'échange de la chose d'autrui. V. de plus *infrà*, n° 35.

(6) Art. 1704. Mon Comm. de la *Vente*, n° 263, et surtout nos 613 et 617. *Infrà*, n° 35. V. Cujas, sur le titre du Code *De rer. permut.*, p. 424, lettres D. E.

(7) Bourges, 21 décembre 1825 (Dall. 27, 2, 122. Sirey, 1827, 2, 221). Mon Comm. de la *Vente*, n° 613.

(8) V. mon Comm. des *Hypothèques*, sur ces articles.

(9) V. art. 1184 C. c. qui fournit un argument au soutien de cette opinion équitable.

vrance en donnant bonne et suffisante caution; j'aime mieux me rattacher à l'art. 1655, qu'à l'art. 1704, dont la sévérité, juste dans le cas qu'il prévoit, ne doit pas être étendue à des espèces qui ne sont pas les mêmes.

23. Nous venons de parcourir les hypothèses qui se rattachent au cas, assez rare dans la pratique, où l'une des parties a fait une délivrance incomplète, tandis que l'autre n'a encore rien livré.

Supposons maintenant que les parties se soient respectivement dessaisies, et que l'une d'elles vienne à prouver que la chose qu'elle a reçue appartient à autrui; il est de toute évidence qu'elle aura une action pour obtenir la résolution du contrat, et se faire remettre en possession de ce qu'elle a livré. L'échange de la chose d'autrui est nul; de plus, la clause résolutoire est toujours sous-entendue lorsque l'un des contractants ne satisfait pas à ses engagements. En voilà beaucoup plus qu'il n'en faut pour mettre le droit de résolution hors de toute atteinte; mais on peut le fortifier encore par l'autorité de ce texte emprunté au jurisconsulte Paul: *Si meum recipere velim, repetatur quod datum est, quasi ob rem datam re non secutâ* (1).

A en croire cependant les rubriques données par les arrêtistes, il semblerait que cette vérité aurait été méconnue par un arrêt de la Cour de cassation du 11 décembre 1815 (2); elles disent en effet que, lorsque le marché est consommé, l'échangiste à qui son copermutant a livré une chose qui ne lui appartenait pas, ne peut rompre le contrat tant qu'il n'est pas troublé dans sa possession!!! Mais est-ce là la pensée de cet arrêt? Je n'en crois rien, elle ne serait qu'une prodigieuse erreur qu'il est impossible de prêter, sans preuve, à un corps aussi éclairé que la cour suprême (3).

Maysonnial avait acquis par voie d'échange un immeuble dotal appartenant à l'épouse du sieur Fressenon; quoiqu'il n'ignorât pas la qualité de cet immeuble, il n'avait pas observé les formalités prescrites par l'art. 1589 du Code civil; c'est dans ces circonstances que Maysonnial crut pouvoir demander la nullité de l'échange; mais il succomba tour à tour devant la cour de Limoges et devant la cour de cassation. Devait-il légalement échouer? Voici ce qui me fait embrasser l'affirmative; les articles 1560 et 1125 combinés du Code civil n'ouvrent l'action en nullité qu'à la femme; il ne s'agit pas ici de la vente de la chose d'autrui; c'est l'échange d'un bien appartenant à la femme et aliéné avec son consentement. Seulement il manque une formalité établie dans son intérêt. Mais dès lors la demande en nullité n'est-elle pas irrecevable, lorsqu'elle vient de l'acquéreur qui a connu le défaut de forme, qui s'y est associé, et qui vient, sous prétexte de dangers ultérieurs qui peut-être n'éclateront jamais, troubler un état de choses qu'il a contribué à créer par son propre fait? C'est sous ce point de vue que l'affaire fut envisagée par la cour de cassation; elle aperçut très-bien qu'une nullité d'acte n'est pas une cause de garantie (4), et que l'acquéreur qui s'en est rendu complice n'a pas à s'en plaindre. L'arrêt du 11 décembre 1815 est donc tout à fait juridique, et c'est par inadvertance que les arrêtistes lui ont donné un sens qu'il est loin de contenir (5).

24. Si l'un des copermutants vient à être évincé en vertu d'une cause antérieure au contrat (6), il a le choix de conclure à des dommages et intérêts représentant la valeur de la chose qui lui est arrachée, ou bien de répéter celle qu'il a livrée (art. 1705).

Il pourra même, tout en préférant ce second parti, réclamer des dommages et intérêts pour loyaux coûts et autres causes qui se rattachent à l'article 1630 du Code civil; à la vérité, l'article 1705 garde le silence à cet égard; mais l'article 1707, qui nous renvoie d'une manière générale aux principes du contrat de vente, nous impose nécessairement la loi de l'article 1630. D'ailleurs l'article 1184, règle de tous les contrats, autorise à demander la résolution avec dommages et intérêts.

Cette décision n'est pas en contradiction avec le premier membre de l'alternative posée par notre article; car les dommages et intérêts dont nous parlons ici, ne sont qu'un accessoire tout à fait distinct de la clause principale dont le copermutant demande la résolution (7). Au contraire, dans le premier membre de l'alternative de l'article 1705, les dommages et intérêts sont la valeur de la chose même, que le copermutant ne veut pas reprendre en nature; c'est la conversion de la chose en prix (8).

25. Mais le copermutant qui opte pour la répétition de sa chose, a-t-il une action contre les tiers à qui elle a été transmise par l'autre échangiste avant la demande en résolution?

Cette question est controversée. Pour la résoudre avec clarté et précision, commençons par l'examiner d'après les principes du droit romain.

Un texte célèbre refuse au copermutant la revendication contre le tiers détenteur. C'est la loi 4 au C. *De rerum permutatione* émanée des empereurs Dioclétien et Maximien. *Contra emptorem quidem te nullam habere actionem perspicis, cum ab eo susceperit dominium cui te tradidisse titulo permutationis non negas* (9).

Dans l'espèce de cette loi, un échange avait été convenu entre Titius et Sempronius. Titius avait exécuté le contrat par la mise en possession de Sempronius. Mais Sempronius était en retard de satisfaire à son obligation. Dans cet état de choses, il vendit à Secundus l'immeuble que Titius lui avait livré. Alors Titius réclama, et son intention était d'étendre son action jusqu'au tiers acquéreur de Sempronius. Mais la loi 4 l'arrête là; elle décide que tout son droit se borne à diriger une action personnelle contre Sempronius (10). Quelle en est la raison? C'est que Titius avait suivi la foi de Sempronius; c'est que, dès lors, l'immeuble avait été jeté dans le mouvement de la circulation, et que le sous-acquéreur l'avait acquis, par conséquent, d'un individu qui avait eu le droit de le lui transmettre. On se rappellera ici que dans le contrat de vente, tel que les Romains le comprenaient, le vendeur qui livrait la chose à l'acheteur en suivant

(1) L. 5, § 1, D. *De præscript. verbis. Supr.*, n° 2. *Inf.*, n° 35.

(2) Dalloz, *Vente*, in-8°, t. 28, p. 219. Sirey, 16, 1, 161. Palais, t. 17, p. 754.

(3) V. d'ailleurs *inf.*, n° 35, un arrêt qui prouve mieux que telle n'est pas la jurisprudence de la Cour.

(4) Mon Comm. de la *Vente*, n° 467, *in fine*.

(5) *Junge* M. Duranton, *de l'Échange*, n° 544.

(6) V. mon Comm. de la *Vente*, n° 416 et suiv, quand le vendeur doit garantir. Les principes sont ici les mêmes. On peut consulter à cet égard le plaidoyer de M. Dupin aîné, procureur général près la cour de cassation, dans la cause du domaine contre le duc de Grammont (1834).

(7) Mon Comm. de la *Vente*, n° 503.

(8) *Junge* M. Duranton, *de l'Échange*, n° 545.

(9) V. Bruneman sur ce texte.

(10) Fabre, *Code*, lib. 4, t. 41, *def.* 9.

sa foi, ne pouvait la reprendre ni par droit de revendication ni autrement. Il n'avait qu'une action personnelle pour se faire payer du prix (1). A la vérité, dans l'échange, il n'en était pas tout à fait ainsi; car le copermutant envers qui l'autre partie ne tenait pas sa promesse, avait le droit de reprendre sa chose par voie de condiction (2). Mais il ne faut pas confondre la condiction avec la clause résolutoire telle qu'elle existe dans le droit français; la condiction était une action purement personnelle, elle ne se dirigeait jamais contre un tiers détenteur (3), tandis que notre clause résolutoire autorise à poursuivre la chose jusque sur les tiers (4). Il est bien vrai cependant que la condiction résolvait le contrat, puisqu'elle le réduisait à rien. C'est pourquoi dans mon Commentaire de la *Vente* je l'ai appelée une résolution (5), et c'est aussi ce qu'avait fait Cujas, qui, d'accord avec les lois romaines, donne à la condiction le nom de résolution, *quasi non resolvatur venditio* (6). Mais il n'en est pas moins certain que cette résolution n'opérait pas chez les Romains de la même manière que chez nous. Elle n'avait pas assez d'énergie pour affecter la chose entre les mains des tiers (7).

Ce que la loi 4 décidait pour le cas où l'échange n'avait été exécuté que de la part de celui qui demandait la restitution de sa chose sous-aliénée, devait nécessairement avoir lieu aussi pour le cas où l'échange avait été exécuté de part et d'autre, mais où l'une des parties étant évincée recourait contre des tiers détenteurs pour retirer de leurs mains son immeuble. La raison de décider est absolument la même; car, dans cette hypothèse comme dans la précédente, la foi avait été suivie, et à l'égard des tiers la propriété avait été transférée irrévocablement.

Ces principes étaient suivis en Savoie, au témoignage du prudent Favre, qui cite un arrêt de 1595 (8). Il existe dans notre ancienne jurisprudence française plusieurs décisions qui prouvent qu'ils y étaient respectés dans certaines provinces de droit écrit, ce sont: 1° un arrêt du grand conseil du 30 mars 1675, sur une espèce venue du ressort du parlement de Bordeaux (9); 2° un arrêt du parlement de Toulouse du 22 février 1741; 3° un arrêt de la cour de cassation du 16 prairial an XII (10); 4° un arrêt de la cour de Grenoble du 23 avril 1830 (11).

Toutefois, cette jurisprudence n'était pas uniforme, et il paraît par plusieurs arrêts que la loi 4 n'était pas suivie au parlement d'Aix (12).

Était-elle observée dans les pays coutumiers? j'en doute. Car, d'après la jurisprudence constante, la clause résolutoire était sous-entendue dans tous les contrats synallagmatiques, et elle donnait lieu à une action beaucoup plus énergique encore que la condiction, puisque celle-ci était personnelle, tandis que l'action en résolution était *in rem scripta* et s'exerçait contre les tiers détenteurs (13). Cette clause résolutoire était à peu près semblable au pacte commissoire des Romains, qui était censé être imprimé sur la chose et la suivait malgré tous déplacements quelconques. On supposait, dans les principes du droit français, que le pacte commissoire était inhérent de plein droit et sans stipulation expresse à toutes les conventions réciproques. Ces idées de la jurisprudence française avaient un tel ascendant, qu'on voit les écrivains eux-mêmes les plus imbus de la théorie du droit romain, se laisser aller, comme malgré eux, à cette puissance nouvelle de la résolution tacite et la considérer comme donnant lieu à l'action *rei persecutoria*. C'est ainsi que Furgole, s'écartant de l'opinion commune des interprètes les plus accrédités, soutient que l'inexécution des clauses de la donation ne donne pas simplement ouverture à la condiction; mais qu'elle engendre aussi une action mixte afin de déposséder les tiers (14); et cependant les lois romaines ne parlaient que de la condiction et nullement de l'action en revendication (15); et Furgole lui-même est obligé de convenir que l'avis des docteurs était que l'action en revendication n'avait pas lieu (16).

Mais arrivons au Code civil. Quel est son esprit? Quelle est sa volonté sur cette question?

M. Favard pense que, dans le silence de l'article 1705, il faut se prononcer pour l'application de la loi 4 au C. *De rerum permutatione* (17). Mais à cette opinion (18) on peut opposer celle de M. Merlin (19) et de M. Duranton (20). Un arrêt de la cour d'Aix du 28 mai 1813 (21) s'est aussi prononcé pour l'action réelle, ainsi qu'un arrêt de Rouen du 28 juillet 1837 (22).

Je ne conçois pas, je l'avoue, qu'on hésite un instant à se ranger à ce parti. L'art. 1184 est là pour fermer la bouche à toutes les objections. Dans tous les contrats synallagmatiques la clause résolutoire est sous-entendue; la loi feint que les parties l'ont stipulée, et elle lui donne la même énergie que si le contrat était armé d'un pacte commissoire exprès. Comment donc peut-on être assez oublieux des vrais principes du droit français pour aller chercher un argument dans la loi 4 au C. *De rerum permutatione?* Ne faut-il pas fermer les yeux aux différences profondes qui séparent la théorie française de la théorie romaine? D'ailleurs, l'article 1707 compare l'échange à la vente. Or l'article 1654 autorise l'acheteur à qui le prix n'est pas payé à poursuivre la résolution de la vente, et l'on sait que cette action en résolution milite contre les tiers (23).

Disons donc que l'action réelle aura son cours. Seulement le tiers détenteur sera en droit de réclamer

---

(1) V. mon Comm. de la *Vente*, n° 621.

(2) *Supr.*, n° 2.

(3) Institut. *De actionibus*, § 15, et l. 1, Cod. *De donat. quæ sub modo*. Furgole, Test., t. 4, p. 299, n° 47.

(4) V. l'art. 954 du Code civil, et mon Comm. de la *Vente*, n° 624.

(5) N° 621.

(6) Sur le titre du Cod. *De rer. permut.*, p. 424, lettre D. Voyez aussi, pour confirmer cette locution, la loi 2, C. *D. cond. ob causam*, et la note *a* de Godefroy.

(7) L. 1, 2, 3, 8 et 9, C. *De condict. ob causam dator.*

(8) Code, lib. 4, t. 41, *Defin.* 8.

(9) Journ. du Palais à cette date. M. Merlin, Répert., v° *Échange*, p. 465, in-8° p. 413.

(10) Répert., *loc. cit.*, p. 467, in-8° p. 416. M. Dalloz. *Vente*, p. 939, in-8° p. 220. Sirey, Palais, t. 4, p. 548.

(11) Dall., 30, 2, 251, S. 30, 2, 311.

(12) Duperrier, t. 2, p. 313. M. Merlin, Rép., v° *Échange*, p. 464, in-8° p. 412.

(13) Mon Comm. de la *Vente*, n° 624. Pothier, *Oblig.*, n° 636.

(14) Testament., t. 4, p. 326, n° 142.

(15) V. Peresius sur le Code *De condict. ob caus. dat.*, n° 5, *infr.*, et la Loi 3, C. de ce même titre.

(16) T. 4, p. 290, n° 47.

(17) Répert. v° *Échange*.

(18) Qui est aussi celle de M. Delvincourt, t. 3, notes, p. 184.

(19) Répert., v° *Échange*.

(20) *De l'Échange*, n° 546.

(21) Dall., *Vente*, p. 939, in-8° p. 221.

(22) D., 28, 2, 25. — Il a été confirmé en cassation, mais sans que la question ait été examinée au fond (D., 30, 1, 17). *Junge* Grenoble, 18 juillet 1834 (D., 35, 2, 32). Lyon, 12 janvier 1839. Sirey, 39, 2, 294.

(23) Mon Comm. de la *Vente*, n° 624.

le payement de ses impenses et améliorations de celui qui en profitera (1).

26. Non-seulement le copermutant évincé a le droit de reprendre sa chose par l'action *in rem scripta*. Mais il faut qu'il la ressaisisse franche et libre de toutes les hypothèques et de toutes les charges que l'autre copermutant avait imprimées sur elle pendant sa détention. La résolution s'opère en effet *ex causâ primævâ et antiquâ*. Il est inutile de revenir sur ce point de droit que j'ai suffisamment exposé ailleurs (2).

Article 1706.

La rescision pour cause de lésion n'a pas lieu dans le contrat d'échange.

SOMMAIRE.

27. La rescision pour lésion n'a pas lieu dans l'échange. Raisons de cette disposition.
28. *Quid* quand l'échange est mélangé de vente?
29. *Quid* du cas de dol et de fraude?

COMMENTAIRE.

27. La rescision pour cause de lésion a été admise dans le contrat de vente d'immeubles en faveur du vendeur. Mais ce genre de réclamation n'a pas reçu l'autorisation de la loi de la part de l'acheteur; car c'est toujours volontairement qu'il contracte, et s'il donne un prix plus considérable que la valeur réelle, on présume que c'est par des raisons de convenance ou d'affection que lui seul pouvait apprécier (3).

Les motifs qui ont fait rejeter à l'égard de l'acheteur l'action en rescision pour cause de lésion l'ont aussi fait exclure dans le contrat d'échange. Ce contrat est également l'effet de la volonté libre et de la convenance des copermutants, qui peuvent avoir été dominés par un motif de prédilection pour la chose. Car il arrive très-souvent que celui qui désire acquérir un objet qu'il affectionne, passe facilement condamnation sur le prix excessif dont il la paye. C'est un sacrifice libre et spontané fait à sa convenance ou à ses arrangements personnels. Dans l'échange, d'ailleurs, chacun des copermutants est à la fois vendeur et acquéreur. Il y aurait donc contradiction si, dans le contrat d'échange, l'action dont il s'agit était admise lorsque, dans le contrat de vente, elle est refusée à l'acheteur (4).

Dans l'ancienne jurisprudence, Pothier enseignait une doctrine contraire; il voulait que l'échange donnât lieu à l'action en rescision pour lésion (5), et la jurisprudence inclinait vers cette opinion (6). Cependant elle n'était pas universelle; le Code civil a sagement fait de la proscrire tout à fait.

28. Il y a des cas où l'échange est mélangé de vente. On peut demander alors si l'action en rescision pour lésion peut l'atteindre; mais cette question se résout par les règles que nous avons exposées aux nos 5 et 6 (7).

29. Si l'échange ne peut être rescindé pour lésion, il reste toujours attaquable pour cause de dol et de fraude caractérisée (8).

Article 1707.

Toutes les autres règles prescrites par le contrat de vente s'appliquent d'ailleurs à l'échange.

SOMMAIRE.

30. Point de contact de la vente et de l'échange.
31. Suite.
32. Des obligations qui, dans la vente, naissent de la bonne foi.
33. De celles qui proviennent de clauses sur la qualité de la chose vendue.
34. De celles qui s'appuient sur des clauses relatives à la contenance.
35. De l'échange de la chose d'autrui.
36. Des experts appelés à l'échange de même qu'à la vente.
37. Du lieu et du temps de la tradition.
38. De la garantie.
39. Du risque.
40. Des promesses d'échanger.
41. De l'interprétation des clauses douteuses.
42. Si l'échange de droits successifs donne lieu au retrait successoral.
43. Des frais d'acte.

COMMENTAIRE.

30. L'art. 1707 proclame une vérité toujours admise en jurisprudence; c'est que, malgré quelques

(1) Lyon, arrêt précité.
(2) *Loc. cit.*, t. 2, no 651, et Comm. des *Hypothèques*, no 466. Arg. de l'art. 1673, C. c. V. un arrêt de la Cour de Bordeaux, du 24 janvier 1833 (Dall., 33, 2, 153).
(3) Mon Comm. de la *Vente*, nos 853 et 854.
(4) M. Bigot, orat. du gouvernement. (Fenet, t. 14, p. 213.) Locré, t. 7, p. 124, no 4.
(5) *Vente*, no 627.
(6) Répert., vo *Échange*, § 4.
(7) *Junge* M. Duranton, *de l'Échange*, no 347.
(8) Colmar, 25 mars 1825. Dall., 25, 2, 173. Mon Comm. de la *Vente*, no 855.

nuances, la vente et l'échange ont une telle affinité que les règles du premier de ces contrats s'appliquent aussi au second. Cujas avait déjà fait cette remarque dans le passage suivant, dont l'article 1707 semble n'être que la traduction : « *In aliis omnibus permutatio* « *est similis emptioni;* utraque est bonæ fidei (1); « in utràque locus est ædilitiis actionibus de sanitate, « de fugâ, de servis (2); in *utrâque præstatur evictio,* « diversis tamen actionibus. Et veteres... in permu- « tatione utuntur verbis *emendi* et *vendendi*, ut Ho- « merus *κρίατο*, id est, *emebat*, Plinius, lib. 33, cap. 1. « *alios ferro captivisque rebus emptitasse* (veteres libri « *mutasse*), veteres capiebant *emere* pro *accipere*, ut « Festus ait (3). »

31. Notre projet n'est pas de parcourir en détail tous les principes du contrat de vente qui viennent se refléter dans l'échange pour le gouverner. Nous signalerons seulement les principaux points de contact, afin de montrer l'article 1707 dans tout son jour.

32. 1° La vente et l'échange se tiennent intimement par leur alliance avec l'équité; il s'ensuit que les obligations qui naissent de la bonne foi qui doit régner dans la vente, dominent aussi dans l'échange (4).

33. 2° Il en est de même de celles qui proviennent de clauses sur la qualité des choses vendues (5).

34. 3° Et de celles qui s'appuient sur les clauses relatives à la contenance (6). Un arrêt de la cour de Colmar, du 1er mai 1807, semble jeter du doute sur cette proposition (7). Mais dans l'espèce de cet arrêt, dont les faits sont du reste assez obscurs, il paraît que l'échange avait été déterminé par des motifs d'affection tirés de la situation des objets échangés, et que le pré, dont la contenance offrait un déficit, compensait ce défaut de mesure par la supériorité de la qualité. On ignore d'ailleurs s'il y avait eu expression de contenance. C'est donc là un arrêt d'espèce, et toute sa portée, c'est de montrer que, dans des questions de cette nature, il faut tenir grand compte des circonstances du fait et de l'intention des parties.

35. 4° L'échange de la chose d'autrui est nul tout aussi bien que la vente. La cour de cassation a même jugé (8) que la nullité peut en être prononcée, quand même l'échangiste ne serait pas encore troublé, et quoique l'autre copermutant offre, depuis les poursuites, de rapporter la preuve qu'il est devenu propriétaire. Mais cet arrêt me paraît d'une sévérité outrée, en tant qu'il veut qu'il ne soit tenu aucun compte de la consolidation de la propriété sur la tête de celui qui a livré la chose. Comme je l'ai dit ailleurs, « L'échangiste demanderait sans grief une nullité qui « n'est pas d'ordre public, et dont la cause aurait « disparu (9). »

Je crois aussi que la ratification du véritable propriétaire, rapportée avant que la nullité de l'échange ait été prononcée, prévient ou arrête l'action en nullité (10) !

36. 5° Lorsque les copermutants ont nommé des experts pour régler la manière dont se fera l'échange, et que l'un des experts vient à décéder avant l'expertise, on suit l'article 1592 du Code civil et l'on décide qu'il n'y a plus qu'un simple projet d'échange, insuffisant pour lier les parties contractantes (11).

37. 6° On applique aussi les principes du contrat de vente, sur le lieu et le temps de la tradition (12).

38. 7° Nous avons vu aussi que tout ce qui concerne la garantie (13), trouve sa place dans le contrat d'échange. C'est un point sur lequel M. le procureur général Dupré a eu occasion d'insister, dans son plaidoyer devant la cour de cassation, dans l'affaire de la citadelle de Blaye (14).

39. 8° La chose échangée est aux risques de celui à qui elle a été promise, dès l'instant que le consentement a rendu le contrat parfait et a déplacé la propriété (15). Les exceptions à cette règle fondamentale, en matière de vente, sont celles que nous avons exposées dans notre commentaire de l'article 1624.

40. 9° On peut faire une promesse d'échange, comme une promesse de vente.

41. 10° Les doutes sur la partie du contrat relative à la chose cédée, s'interprètent contre celui qui la cède (16).

42. 11° L'échange des droits successifs donne lieu au retrait successoral autorisé par l'article 841 (17).

43. 12° Dans la vente, les frais d'actes sont, de droit, à la charge de l'acheteur. Or, comme chacune des parties qui figurent dans l'échange est acquéresse, il s'ensuit que les frais devront être partagés pour moitié, à moins de convention contraire.

Au surplus je crois inutile de pousser plus loin l'énumération des rapports intimes qui existent entre la vente et l'échange. Je serais obligé de fondre ici toute la substance de mon Commentaire de la *Vente*, et, quelque concision que je misse dans ce travail, je n'échapperais pas au reproche de prolixité (18).

---

(1) L. 2, C. *De rer. permut.*

(2) L. 2, D. *De rer. perm.*, l. *Sciendum*, § *penult.* D. *De ædil. edicto.*

(3) Sur le Code *De rer. permut.*

(4) Cujas. V. le passage cité au n° 30. Pothier, *Vente*, n° 625.

(5) Cujas, *loc. cit.* Pothier, *Vente*, n° 625.

(6) Pothier, n° 625.

(7) Dall., *Præscript.*, p. 938, in-8°, t. 28, p. 219. Sirey, 7, 2, 757.

(8) Cassat., 16 janvier 1810. Dall., *Vente*, p. 938, in-8° p. 218. Sirey, 10, 1, 204. Palais, t. 11, p. 50. Arg. de l'art. 1704. *Supr.*, n° 20, 23.

(9) *Vente*, n° 236, et *Hypothèq.*, n° 522.

(10) *Loc. cit.* de mes Commentaires.

(11) Grenoble, 8 novembre 1806. (Dall., *Vente*, p. 937, in-8°, 28, p. 218). Sirey, 7, 2, 925.

(12) Pothier, *Vente*, n° 625.

(13) *Supr.*, nos 24 et 30.

(14) *Gazette des Tribunaux* du 4 avril 1834.

(15) Mon Comm. de la *Vente*, n° 359. Pothier, *Vente*, n° 626.

(16) Pau, 4 mai 1830 (Dall., 31, 2, 83). Arg. de l'art. 1602, et mon comm. de cet article, n° 256.

(17) Cassat., 19 octobre 1834. Sirey, 35, 1, 112.

(18) Un mot de l'enregistrement des actes d'échange.

Le droit est fixé par la loi du 22 frimaire an VII (Art. 69, § 5, n° 5), à 2 fr. par 100 fr. de la valeur d'une des parts. *D'une des parts!* cela signifie que, quoiqu'il y ait deux mutations, cependant le droit n'est perçu que sur une seule transmission, parce qu'il n'existe qu'un contrat, qu'un seul échange et qu'une des mutations est la condition de l'autre lorsqu'il n'y a aucun retour (M. Championnière, t. 3, n° 2179, et les autorités qu'il cite). Mais s'il y a retour, le droit est payé à raison de 2 fr. par 100 fr. sur la moindre portion, et comme pour vente (c'est-à-dire à 4 fr. par 100 fr.) sur le retour ou plus-value.

D'après une loi du 16 juin 1824, les échanges des immeubles ruraux ne devaient payer qu'un droit fixe de 1 fr. pour tous droits d'enregistrement et de transcription, lorsque l'un des immeubles échangés était contigu aux propriétés de celui des échangistes qui le recevait. Quant aux autres échanges de biens immeubles, le droit de 2 p. 100 fixé par la loi de l'an VII, fut réduit à 1 p. 100, « Il sera perçu, dit cette loi, comme par le passé, sur la valeur « de l'une des parts seulement; et celui de 1 1/2 p. 100, fixé par « l'art. 54 de la loi du 28 avril 1816, n'aura lieu également que « sur la valeur d'une des parts.

« Dans tous les cas, le droit réglé par l'art. 52 de la même loi, « continuera d'être perçu sur le montant de la soulte ou de la « plus-value. »

Cette loi de 1824, particulièrement dans la partie qui concerne

CODE CIVIL,

LIVRE III,

TITRE VIII:

DU CONTRAT DE LOUAGE.

(DÉCRÉTÉ LE 7 MARS 1804, PROMULGUÉ LE 17 DU MÊME MOIS.)

CHAPITRE Ier.

DISPOSITIONS GÉNÉRALES.

ARTICLE 1708.

Il y a deux sortes de contrats de louage : Celui des choses et celui d'ouvrages.

SOMMAIRE.

1. Division de la matière. Louage *des choses*. Louage *d'ouvrages*.

COMMENTAIRE.

1. Le titre du louage, dont nous avons fait sentir dans notre préface l'importance et l'usage fréquent, débute par une classification empruntée mot pour mot à Pothier (1). Il distingue deux sortes de contrat de louage; le louage des choses qui procure la jouissance d'un objet appartenant à autrui pour l'exploiter et l'utiliser; le louage d'ouvrages qui nous fait profiter de la force individuelle et de l'industrie dont nous manquons. Ces deux contrats, identiques par le genre, se distinguent cependant l'un de l'autre par leur objet et se gouvernent par des règles spéciales. Le législateur ne devait pas plus les confondre que le jurisconsulte. Nous traiterons du louage des choses dans le commentaire des articles 1713 à 1778; le louage d'industrie occupera le commentaire des articles 1779 et suivants.

---

l es échanges de propriétés limitrophes, avait été rendue dans l'intérêt de l'agriculture, qui éprouve un très-grand dommage du fractionnement du territoire en parcelles éloignées. On voulait favoriser la réunion de ces parcelles.

Mais voici ce qui arriva : Les parties qui projetaient l'échange de propriétés peu éloignées les unes des autres, avaient souvent recours à un moyen détourné pour se placer sous l'empire de cette disposition équitable; c'était d'acheter une parcelle du terrain qui, par son adjonction, unit l'un des héritages à l'autre. La régie lutta vainement contre cette pratique qu'aucune loi ne défendait, et la jurisprudence ne consentit jamais à y voir une fraude réprouvée (Cassat., 18 décemb. 182˝. D., 29, 1, 68. Sirey, 29, 1. Décision du trib. d'Uzès, du 29 nove b. 1832. D., 33, 3. 83).

La régie eut alors recours au pouvoir législatif. Elle représenta la loi de 1824 comme une tentative aristocratique pour reconstituer les grandes propriétés bien plutôt que comme une pensée utile pour venir au secours de l'agriculture. La chambre se laissa prendre à cette idée, et une loi du 24 mai 1834 (art. 16) abrogea la loi de 1824, au grand détriment des intérêts agricoles, qui souffrent de la dispersion de la propriété en parcelles éloignées les unes des autres (*) (M. Championnière, t. 3, p. 311, n° 2174). Seulement les échanges furent admis à profiter de la modération des droits introduits pour les échanges en général dans la seconde disposition de la même loi.

Il résulte de ces dispositions que les contrats d'échange sont assujettis à deux droits différents : l'un perçu sur l'échange proprement dit et qui s'élève à 2 1/2 p. 100, y compris le droit de transcription; l'autre, établi sur la soulte, le retour ou la plus-value, réglé, suivant la loi de 1824, par l'art. 52 de la loi du 28 avril 1818, c'est-à-dire à 5 1/2 p. 100 (Champ., t. 3, n° 2172. *Junge* t. 4, n° 3453).

Je ferai observer que la transcription d'un acte d'échange, alors même que cette formalité est requise dans l'intérêt des deux échangistes, ne supporte qu'un seul droit fixe de 1 fr. La raison en est que les deux mutations qui résultent d'un acte d'échange ne pourraient exister l'une sans l'autre; qu'il n'y a qu'un seul contrat, et partant qu'une seule formalité à donner; c'est ce que la Régie elle-même a décidé le 10 mars 1832 (Dall., 32, 3, 136. Champ., t. 3, n° 2179).

La résolution de l'échange ne donne pas lieu à la perception d'un nouveau droit d'échange (Champ., t. 3, n° 2178, et t. 1 n° 402).

(1) *Du Louage*, n° 1.

(*) V. la préface du pr sent Commentaire.

Article 1709.

Le louage des choses est un contrat par lequel l'une des parties s'oblige à faire jouir l'autre d'une chose pendant un certain temps, et moyennant un certain prix que celui-ci s'oblige de lui payer.

SOMMAIRE.

2. Définition du louage. *Du consentement* et *de la chose.*
3. *Du prix.* Du prix sérieux et du prix vil. Si le prix peut consister en denrées. De la fixation du prix par des experts, etc.
4. *De la jouissance de la chose.* D'abord elle doit être temporaire. Effets des baux à long terme. Des *baux héréditaires* et à *colonage perpétuel.* Renvoi.
Nature de la jouissance concédée au fermier. Elle n'opère pas un démembrement de la chose au profit de ce dernier.
5. Elle n'apporte au droit du propriétaire que des restrictions appelées par Connanus *patientia locatoris.* Nature juridique de ces restrictions. Affectent-elles la chose d'un *jus in re?*
6. Doctrine à ce sujet.
7. Il peut y avoir droit réel sans démembrement de la propriété.
8. L'auteur, en soutenant que le bail attribue le *jus in re,* émet une opinion nouvelle et isolée; mais il en appelle à l'impartialité des lecteurs.
9. Réponse aux objections de M. Proudhon.
10. Suite. Peut-on assimiler le droit du fermier à un droit de rétention?
11. Suite.
12. Réponse aux objections de M. Duranton.
13. Réponse aux objections de M. Toullier.
14. Et à un arrêt de la Cour de cassation et à la doctrine de M. Duvergier.
15. Le droit du bailliste est-il *mobilier* ou *immobilier?*
16. Examen des idées de M. Duranton.
17. Et de celles de M. Proudhon.
18. Réponses à d'autres objections. Pourquoi, bien que le bail concédé au bailliste constitue au profit de celui-ci un droit immobilier, il peut cependant être créé par le mari sur les biens de sa femme et par le tuteur sur les biens du pupille.
Pourquoi aussi il n'est pas susceptible d'hypothèque.
19. Suite. Réponse à M. Bellot des Minières. Cet écrivain oublie sans cesse que le bail n'est pas une charge grevante, mais qu'il est une charge qui féconde.
20. Conclusion.
21. Comparaison du louage avec la *vente.* Analogies et dissemblances.
22. Différence provenant de la division du prix en annuités. Danger qu'il y aurait à considérer comme bail le contrat où le prix ne serait pas divisé en payements annuels représentatifs des produits. Erreur de Pothier à cet égard.
23. Autre différence dans un cas proposé par Caïus.
24. Comparaison du louage avec l'*usufruit.* Liaison du propriétaire et du fermier. Séparation du nu-propriétaire et de l'usufruitier. L'usufruit démembre la propriété; le bail l'utilise.
25. Comparaison des beaux plus longs que 3, 6, 9, et *des baux à vie* avec l'usufruit.
26. Suite.
27. Les baux à vie peuvent s'étendre jusqu'à trois têtes successivement.
28. Comparaison de l'*usufruit à rente viagère* ou de l'*usufruit à temps* avec le bail.
29. Au reste, dans toutes ces questions où il s'agit de comparer des contrats, il faut avoir égard aux circonstances.
30. Comparaison du bail et du contrat de *superficie.*
31. Et avec l'*emphytéose.* Origine de l'emphytéose. Son histoire.
32. Sa définition.
33. En quoi il diffère du contrat de superficie.
34. De la redevance emphytéotique. En quoi elle diffère du prix du bail.
35. Manière de constituer l'emphytéose. De la prescription.
36. Quelles propriétés étaient particulièrement données à emphytéose.
37. Tantôt ce contrat était perpétuel, tantôt pour 99 ans. Il devait embrasser un long temps.
38. Profits que l'emphytéote pouvait retirer du fonds.
39. Ses charges. Des impôts.
40. Comment l'emphytéose prenait fin. La tacite reconduction n'avait pas lieu.
41. De la perte totale ou partielle de la chose.
42. Suite.
43. La remise du canon n'avait pas lieu de droit en cas de stérilité, d'invasion, etc.
Quid du cas d'expulsion de l'emphytéote par l'ennemi?
44. De l'aliénation de la chose par l'emphytéote, *irrequieto domino.*
45. Du droit de l'emphytéote d'hypothéquer.
46. Du non-payement du canon par l'emphytéote.
47. Des dégradations commises par lui.
48. Du retour de la chose dans les mains du propriétaire.
Améliorations faites par l'emphytéote.
49. De la différence de l'emphytéose et du simple bail.
50. Si l'emphytéose est maintenue par le droit moderne et dans quelles limites.
Utilité de l'emphytéose.
51. Suite et conclusion.
52. Différence entre l'emphytéose, le bail à ferme et le *bail à rente foncière.*
53. Différence entre le bail à ferme et le *bail à locatairie.*
54. Effets des lois de la révolution sur la locatairie perpétuelle. Transformation qu'elle leur a fait subir.
Influence du C. c. à leur égard. Le bailleur avait-il privilége sur les meubles du preneur pour payement de la rente? Avait-il le privilége du vendeur?
55. Des baux à locatairie perpétuelle passés depuis le C. c. Leur caractère.
Des baux à locatairie temporaire passés depuis la même époque.
56. Du bail *héréditaire* d'Alsace. Du bail *à métairie perpétuelle.* S'il doit être confondu avec le bail à locatairie.
57. Des *champarts.* Des lois de la révolution à cet égard.
58. Du droit de *quart, tiers* et *demi*-raisin.
59. Du bail à *complant* en Poitou, Maine, pays d'Aunis, etc.
60. Du bail à complant en Bretagne.
61. Du bail à *domaine congéable.*
62. Conclusion et transition.

COMMENTAIRE.

2. Le louage des choses est défini un contrat par lequel l'une des parties, appelée *locateur*, *bailleur*, s'oblige à faire pour l'autre (c'est-à-dire le *preneur*, le *bailliste, fermier, locataire*) (1), pendant un certain

(1) Dans quelques Coutumes, on appelait *louager* le conducteur d'une maison (Boulogne, art. 11. Lille, 186. Haynault, ch. 76. Tours, 226. Bourbonnais, 119). On l'appelait aussi *locatif* Berry, t. 4, art. 5, et t. 9, art. 35) ou *louandier* (Acs, t. 11, art. 31). En Belgique on donne encore au fermier le nom d'*occupeur.*

temps, et moyennant un certain prix, d'une chose susceptible, par sa nature, de ce genre de convention. Cette définition de notre article est prise dans Pothier; essayons d'en faire ressortir les branches principales.

Elle suppose d'abord un consentement valable. Ce consentement n'est pas assujetti dans le louage à des conditions exceptionnelles. Il est réglé par le droit commun. Nous renverrons donc, en ce qui concerne ce point, aux règles exposées dans notre Commentaire de la *Vente* (1). Car, comme le disait le jurisconsulte Caïus : « Locatio et conductio proxima est « emptioni venditioni *iisdemque juris regulis consis-* « *tit*; nam ut emptio et venditio contrahitur si de « pretio convenerit; sic et locatio-conductio contrahi « intelligitur si de mercede convenerit (2). »

Ainsi, comme dans la vente, le consentement doit être libre, exempt d'erreur. C'est pourquoi Pomponius disait : « Si decem tibi locem fundum, tu autem « existimes quinque te conducere, *nihil agitur* (3). » Cependant il ajoutait : « Sed si ego minoris me locare « censero, tu pluris te conducere, utique non pluris « erit conductio quam quanti ego putavi. » Car celui qui a pris un bien à ferme pour plus, s'est, à plus forte raison, engagé à le prendre pour un moindre prix (4).

Comme dans la vente aussi, le consentement peut modifier le louage par des conditions (5).

Notre définition exige de plus une chose qui fasse l'objet du contrat. Nous nous occuperons de ce point en commentant l'art. 1713 (6).

3. Le prix n'est pas moins essentiel dans le louage que dans la vente, et, conformément aux règles exposées dans ce dernier contrat, il faut qu'il soit certain et sérieux (7); c'est pourquoi un bail de jouissance fait *nummo uno*, ne contiendrait pas de prix; ce serait une donation ou plutôt un contrat de prêt à usage (*commodatum*) (8); toutefois il ne serait pas nécessaire que le prix fût parfaitement égal à la valeur de la jouissance de la chose (9); on en verra des preuves dans les baux emphytéotiques, qui ne sont qu'une variété de l'idée mère du louage (10). Sans doute, en équité, il faut qu'un contrat de louage proprement dit offre un équivalent de la jouissance; mais si cet équilibre n'est pas observé, la conscience seule peut venger cette injustice. La loi n'intervient pas; il lui suffit que le prix, quoique vil, ne soit pas tellement minime qu'il doive être considéré comme n'existant pas (11); il suffit qu'il soit sérieux, c'est-à-dire, stipulé avec l'intention formelle de l'exiger et d'en profiter (12).

---

(1) N°s 13 et suiv., et 146 et suiv.

(2) L. 2, D. *Loc. cond.*

(3) L. 52, D. *Loc. cond.*

(4) Pothier, sur cette loi.

(5) L. 20, D. *Loc. cond.* (Paul). Art. 1584 C. c., et mon Comm. de la *Vente*, n°s 50 et suiv.

(6) *Inf.*, n°s 81 et suiv.

(7) Mon Comm. de la *Vente*, n°s 146 et suiv. Gaïus, l. 25, D. *Loc. cond.* Ulpien, l. 46, D. *Loc. cond.*

(8) Ulpien, *loc. cit.* Mon Comment. précité, n° 149. Cujas, sur la loi 10, D. *De acq. possess. in fine.*

(9) Même Comm., n° 150. M. Duranton, *de l'échange*, n° 13.

(10) *Infrà*, n° 31.

(11) Paul, l. 22, § fin. D. *Loc. cond.* Hermog., l. 23, D. même titre.

(12) V. la définition que j'ai donnée du *prix sérieux*, dans mon Comm. de la *Vente*, n° 150.

M. Duvergier la critique avec assez de hauteur, et il me reproche surtout d'avoir imputé à la cour de cassation des contradictions nombreuses sur cette question. Il semble même qu'il ait voulu me donner une leçon de convenance envers la cour suprême.

Accoutumé à la contradiction par la nature de mes fonctions, je ne m'irrite jamais contre les critiques dont mes opinions sont l'objet, et je remercie même sincèrement ceux qui veulent bien prendre la peine de les discuter. Je dois en vouloir d'autant moins, d'ailleurs, à M. Duvergier, qu'il ne me traite pas toujours avec la même sévérité, et qu'à mesure qu'il avance dans son ouvrage, mes doctrines semblent gagner plus d'estime dans son esprit. Je dirai cependant que personne ne m'apprendra, à moi, magistrat, ce que l'on doit d'égards et de respect à la magistrature, et surtout à la haute cour qui en est le couronnement; mais, comme écrivain, j'ai des devoirs que je dois remplir avec franchise et indépendance. Assurément les savants magistrats de la cour de cassation n'ont pas la prétention d'être infaillibles, et ils ne sont pas assez novices pour se croire blessés par des remarques critiques qui ont été faites cent et cent fois sur la jurisprudence des arrêts, et avec plus d'énergie encore, par nos anciens et nos maîtres, les d'Argentré, les Maynard, les Huberus, les Bretonnier, etc., etc. Dans un siècle où l'on parle librement aux rois et aux peuples, on ne pourrait dire la vérité à la cour de cassation! Quelle injure aux lumières de ce savant et illustre corps!

Au fond, j'ai soutenu (et je soutiens encore) que la vileté du prix n'empêche pas que le prix ne soit sérieux; peu importe qu'il soit *vil et fort petit*; il est sérieux, pourvu qu'il ne descende pas tellement bas qu'il soit certain qu'il n'en a été parlé que *nugatoriè* et dans l'intention de ne pas l'exiger. Je ne rappellerai pas les textes des lois romaines et la doctrine des auteurs qui placent sur une base inébranlable cette opinion consacrée d'ailleurs par la théorie du Code sur la rescision en matière de vente. Il me suffira de dire qu'en ce qui concerne le louage, elle trouve un nouveau point d'appui dans les lois 22, § final, et 23, D. *Loc. cond.*; dans un arrêt de la cour de cassation du 11 mars 1824, dont je parlerai tout à l'heure; enfin dans l'opinion de tous les jurisconsultes que j'ai été à même de consulter. (Voyez, par exemple, Pothier, *Louage*, n° 33.)

M. Duvergier (t. 1, n° 148) n'approuve pas ces idées; il veut que le prix cesse d'être sérieux lorsque, quoiqu'étant stipulé avec l'intention bien formelle de l'exiger et de le payer, *les parties ne l'ont pas considéré comme l'équivalent de la chose vendue*. J'aurais désiré que cet auteur eût appuyé de quelques raisonnements et de quelques autorités cette définition toute nouvelle et assez obscure pour moi. Mais il ne le fait pas et ne discute pas même celles que j'ai citées. Tout préoccupé qu'il est du soin d'absoudre la cour de cassation de mes reproches, il se borne à établir que le point de savoir si un prix est sérieux ou ne l'est pas, est une question de fait sur laquelle la cour de cassation doit accepter la décision souveraine des cours royales.

Eh bien! accordons ce point pour un moment. Mais enfin, que doivent faire les cours royales quand on viendra leur dire qu'un contrat de vente est nul faute de prix parce que le prix sera vil? Devront-elles décider, comme les cours de Toulouse, d'Agen, de Riom et de Grenoble, qu'un prix, quoique vil, est un prix sérieux quand il a été stipulé avec l'intention d'en faire profit? ou bien sera-t-il plus juridique de dire, avec les cours d'Angers, d'Orléans, de Poitiers et d'Aix, qu'un prix, par cela seul qu'il est vil, n'est pas sérieux? Voilà quel était le vif de la question; voilà le côté vraiment intéressant qu'elle présentait à approfondir. Or, c'est celui sur lequel M. Duvergier tourne tout court, nous laissant sur sa définition. Donc, les lois romaines et toutes les autorités que j'ai citées subsistent dans toute leur force!!!

Au surplus, la définition de M. Duvergier me paraît ne rien expliquer du tout. Toujours on a distingué deux sortes de prix : le *juste prix*, qui est l'équivalent de la chose, et le *prix conventionnel*, qui est inférieur ou supérieur, et qui dépend de l'affection des parties. (Mon Comm. de la *Vente*, n° 150.) M. Duvergier entend-il que le prix, pour être sérieux, *doit être l'équivalent de la chose*, c'est-à-dire un juste prix? Sa définition semblerait le dire; mais il est trop éclairé pour avoir pu le penser. Ou bien entend-il que le prix doit être équivalent à l'affection que la

Dès lors, il y a cette différence entre le prix du louage et le prix de la vente, que, dans ce dernier contrat, si le prix descend au-dessous d'une certaine limite, il y a lieu à rescision pour lésion, tandis que dans le louage, la vileté du prix n'est pas cause de rescision (1). C'est pourquoi il a été jugé par arrêt de la cour de cassation du 11 mars 1824, qu'un bail fait pour un canon inférieur à la moitié de la véritable valeur du fermage ne pouvait être annulé pour vileté du prix (2). Mais il serait attaquable s'il avait été consenti par dol et par fraude (3); par exemple, si un usufruitier, voulant préjudicier aux droits du nu-propriétaire, avait passé frauduleusement des baux en disproportion avec la véritable importance de la chose.

Il y a encore cette différence, que le prix de vente doit être en argent monnayé (4), tandis que dans le louage il peut consister en denrées ou en prestations annuelles. C'est ce qui arrive presque toujours dans la ferme de biens ruraux.

Si olei certâ ponderatione, fructus anni LOCASTI (disent les empereurs Dioclétien et Maximien (5); ce mot, *locasti*, indique clairement que, même dans le droit romain, le contrat de louage comportait une redevance en nature, et c'est ce que prouve d'ailleurs de plus en plus la variété des termes dont on se servait pour désigner le prix du bail, *pretium*, *reditus*, *reductus*, *canon*, *pensio*, *vectigal* (6); variété qui n'existait pas dans le prix de vente. Aussi Cujas (7), Corasius (8), Godefroy (9), enseignent-ils que le mot *locasti*, employé par les empereurs, doit être pris à la lettre. Cujas, après avoir reproché à Accurse d'avoir tenté d'enlever à ce mot sa signification propre et d'avoir voulu faire du contrat envisagé par la loi précitée un contrat innommé, ajoute : « LOCANDI *verbo* « *lex utitur sub titulo* DE LOCATO, et contractum hunc « *dicit esse bonæ fidei*. Nam si bonæ fidei, *locatio* « *igitur vera*. Contractus enim similis locationi non « est bonæ fidei, velut : *do ut facias*. Fateor in emp- « tione et venditione pretium in nummis debere « consistere. At *in locatione dico etiam in aliâ quan-* « *titate consistere posse*, veluti mensurâ aut pondere, « ac proinde cum colono partiario contrahi locatio- « nem et conductionem, si contrahendæ locationis « animus fuerit, *ac præsertim si de certâ fructuum* « *quantitate*, *veluti modiis*, *vel amphoris tot*, *quotan-* « *nis inferendis*, convenerit (10). »

On repoussera donc l'opinion contraire de quelques auteurs (11), auxquels se range M. Duvergier (12). Il est impossible d'admettre que, dans le système du droit romain, on ait rejeté des contrats anonymes le bail

---

partie porte à la chose lors du contrat? Alors nous sommes d'accord, et je ne comprends plus pourquoi il mè combat. Car si la partie a été affranchie de toute manœuvre frauduleuse, si elle a consenti avec toute la plénitude de sa raison, et en connaissance de cause, le prix qu'elle a librement fixé avec l'intention d'en faire son profit est censé représenter la valeur d'opinion que la chose avait pour elle, quoiqu'il soit bien inférieur au juste prix. Pourquoi, en effet, aurait-elle arbitré si bas la valeur de son immeuble, si des raisons particulières ou d'affection pour la partie adverse, ou de désaffection pour sa propre chose n'avaient été pour elle un sujet légitime de ne pas se tenir au juste prix? Ce prix conventionnel est donc un prix sérieux; il ne cesserait de l'être qu'autant qu'il serait d'une infériorité ridicule, et que par son exiguïté dérisoire il attesterait que l'intention de la partie n'a pas été d'en faire son profit. C'est ce dont je trouve la preuve dans le réquisitoire de M. Béra, procureur général à Poitiers, que m'oppose M. Duvergier, et qui est la confirmation de ma doctrine. « Nous conviendrons sans peine, disait-il, « QUE LE PRIX EST VIL. *Mais peut-on dire que c'est là un prix* « *de néant*, *et peut-on assimiler cette somme de* 300 *liv. à* « *l'écu dont parle Pothier*, pour servir de prix à une terre con- « sidérable? *Nous sommes bien éloignés de le penser.* »

Ainsi donc, suivant ce magistrat, un prix vil peut être un prix sérieux.

Maintenant la question de savoir si un prix vil est un prix sérieux, est-elle une question de droit? Je le crois fermement. Il me semble clair et palpable qu'une cour qui s'appuie sur la seule infériorité du prix pour déclarer que le prix n'est pas réel, viole l'esprit et le texte de la loi. Il me semble qu'elle ne peut échapper à la cassation, qu'autant qu'elle décide de plus que le prix, quoique vil, a été fixé *nugatoriè*, pour faire un jeu, sans intention d'en retirer un profit.

Au surplus, je conçois que l'équité, qui exerce si souvent un secret et impérieux empire sur l'esprit du juge le plus ferme, ait fait rendre quelques décisions qui s'écartent de ces règles austères, quoique incontestables. Car, comme le disait Huberus, *Curiarum sententias non esse omnium horarum et temporum*, *vetus dictum est.* (Sur le Dig., lib. 19, t. 2, n° 3. *in fine.*) Mais dans un livre où la cause des principes doit être défendue avec plus de liberté d'esprit, il me paraîtrait dangereux de s'en écarter sans de graves motifs, qui n'existent pas ici.

(1) Pothier, *Louage*, n° 36. M. Duvergier, qui, dans son Traité de la *Vente*, a combattu la théorie de la rescision pour lésion (t. 2, n°s 69 et suiv.), triomphe de ce que le législateur ne l'a pas admise dans le bail, et il croit trouver là une sorte d'abandon des idées qui ont déterminé les art. 1674 et suiv. du C. c. « Si l'on « tolère, dit-il, que la vente soit résiliée lorsque le *vendeur* a « reçu un prix trop faible, *pour être conséquent* il faudrait « *offrir au* FERMIER *une ressource analogue.* » (T. 1, n° 103). Je réponds que la parité est mal choisie. Le fermier qui paye le canon pour avoir la jouissance des fruits pourrait tout au plus être comparé à l'acheteur. Or l'acheteur n'a pas l'action en rescision (art. 1683); mais comment pourrait-on comparer le fermier acheteur des fruits au vendeur de la chose!!! Objectera-t-on que le fermier vend son industrie? Admettons-le. Mais la rescision pour lésion n'a lieu que dans les ventes *d'immeubles* (art. 1674)!!! Où donc, encore une fois, se trouve l'inconséquence? J'ajouterai une réflexion incidente. M. Duvergier cite quelques paroles de M. de Tracy, dans lesquelles ce philosophe matérialiste lance ses invectives contre les propriétaires qui ruinent leurs malheureux fermiers par des canons exorbitants, aussi coupables en cela que des usuriers de profession! Voilà bien le langage déclamatoire d'une école qui est toujours dans le faux! Si l'on voulait récriminer, ne pourrait-on pas dire que, depuis vingt ans, une expérience constante a prouvé l'infériorité des prix de ferme, puisque partout ils ont été augmentés de plus d'un tiers, et qu'ils pourraient l'être davantage si les fermiers secouaient le joug de la routine pour adopter des procédés agricoles perfectionnés? Des esprits chagrins ne pourraient-ils pas même ajouter qu'on a rarement vu, en France, les fermiers ruinés par les propriétaires, tandis qu'il se rencontre beaucoup de fermiers qui ruinent le propriétaire en ne le payant pas et le fonds en l'épuisant?... Mais à quoi bon ces reproches irritants entre deux classes qui ont besoin l'une de l'autre, et dont il faudrait s'appliquer à concilier les intérêts réciproques au lieu de chercher à les brouiller?

(2) Dall., *Louage*, p. 909. in-8° t. 19, p. 5.

(3) M. Duranton, *du Louage*, n° 15, et l. 23, D. *Loc. cond.*

(4) Mon Comm. de la *Vente*, n° 146.

(5) L. 21, C. *De locat.*

(6) Cujas, sur le C. de *Loc. cond.*

(7) *Ad African.* 8. Sur la loi *Cum fundum*, p. 2068, col. 2. C'est à tort que M. Duvergier (t. 1, n° 95, § 98, note 1) renvoie au Commentaire de Cujas sur la loi 21, au C. *De loc.* Cujas n'a pas commenté cette loi.

(8) 2 *Miscell.* 11.

(9) Sur la loi 21, C. *De loc.*

(10) Plinius, 9, *Epist.*

(11) Vinnius, *Inst.*, § 2, n° 2. Fachin., *Cout.*, lib. 1, c. 82.

(12) T. 1, n° 95. V. *infr.*, n°s 638 et 639.

consenti moyennant certaines prestations en nature; car il devait être tout aussi fréquent que chez nous; il était non moins impérieusement commandé par certaines convenances et certaines habitudes. Il est vrai que M. Duvergier croit trouver un argument dans le § 2 des Institutes au D. *Loc. cond.* Mais je ne pense pas qu'il en ait parfaitement saisi le sens. On demandait s'il y avait louage proprement dit ou bien un contrat innommé, dans une convention par laquelle l'une des parties avait donné à l'autre la jouissance d'une chose (*rem aliquam utendam sive fruendam*), moyennant que celle-ci aurait donné comme équivalent, la jouissance d'une autre chose (*et invicem à te utendam hoc fruendam aliam rem acceperit*). C'est là-dessus que le § cité des Institutes décide que ce n'est pas un contrat de louage, mais un contrat particulier; et rien n'est plus évident et plus palpable. Mais quel rapport y a-t-il entre ce cas spécial où la jouissance d'une chose a pour corrélatif la jouissance d'une autre chose, et l'espèce que nous examinons, où le propriétaire d'un domaine rural loue sa chose moyennant une redevance en nature dont il devient propriétaire, et qu'il peut vendre ou consommer quand bon lui semblera? Il est manifeste qu'il n'y a aucune parité entre des hypothèses si diverses, et Vinnius, quelle que soit son autorité, n'aurait pas dû porter M. Duvergier à les confondre.

Les autres autorités invoquées par Vinnius ne sont pas plus concluantes.

Ulpien pose cette hypothèse (1) : Deux associés sont convenus de percevoir, chacun d'une année entre autres, les fruits de la chose commune; l'un d'eux envoie ses troupeaux sur les lieux, et il en résulte un dommage qui compromet la récolte que l'autre devait faire. Celui-ci aura-t-il l'action *ex conducto*, ou bien l'action *communi dividundo*? Ulpien décide (et certes il ne fallait pas être Ulpien pour le décider ainsi) qu'il n'y a pas eu contrat de louage entre les parties, *cùm merces non intercesserit*.

Le même jurisconsulte examine dans la loi 1, § 1, D. *Deposit.*, le cas suivant, qui nous place hors du louage des choses, pour nous transporter dans le louage d'industrie.

Voulant châtier un esclave, je l'ai placé dans un moulin, pour tourner la meule, et je suis convenu d'un prix à payer au propriétaire de ce moulin, pour la garde de ce malheureux. Il y a louage d'ouvrage dans un tel contrat. Il en est de même si je reçois un prix pour le profit que le gardien retire des ouvrages de mon esclave. Mais si nous convenons de compenser le travail de cet esclave avec les soins que le gardien se donne pour le surveiller, ce ne sera pas, à proprement parler, un contrat de louage, *quia pecunia non datur*. Ce sera *quasi genus locati et conducti*. Mais que prouve cette décision pour le louage des choses? N'est-elle pas renfermée d'une manière spéciale dans le cercle du louage d'ouvrages? Et qui a contesté que, dans le droit romain, le louage d'industrie, différent en cela du louage des choses, exigeait un prix en argent (2)?

C'est encore en ce sens que statue la loi 5, § 2, au D. *Præscript. verbis*. Paul (3), après avoir enseigné que lorsque je donne de l'argent à un peintre pour faire un tableau, j'ai fait avec lui un louage d'ouvrages, ajoute qu'il n'en est pas de même si je lui ai promis une chose pour prix de son tableau, et que c'est alors un contrat sans nom.

Quant à la loi 25, D. *Loc. cond.*, empruntée aux écrits de Caïus, que dit-elle de favorable à l'opinion de Vinnius? Rien absolument. Le jurisconsulte décide que le colon à prix d'argent qui a été frappé par des cas fortuits, a droit à une diminution du fermage, mais que cette décision ne s'applique pas au colon partiaire, qui, *quasi societatis jure*, partage avec le maître le profit et le dommage. Mais Caïus ne parle pas de celui qui a loué à prix ferme moyennant tant de sacs de froment, tant de mesures de vin, tant de mesures d'huile! il ne dit pas que celui-là n'est pas un fermier! il ne dit pas qu'il ne pourra pas prétendre à une diminution.

Il est inutile de pousser plus loin cet examen. Les autres textes rapprochés par Vinnius n'ont pas plus de portée (4).

Voilà pour le droit romain.

Quant à notre droit français, je ne saurais me ranger au sentiment de Pothier, qui a essayé d'y transporter les distinctions du droit romain (5). Je crois fermement que, dans tous les cas, le louage comporte chez nous un payement en denrées. Quelle raison plausible y aurait-il pour limiter aux baux à ferme les prestations en nature autorisées par les articles 1763, 1771, etc., etc. (6)? Il y a même beaucoup de provinces où les services des ouvriers ne se payent pas autrement (7).

Mais pour qu'il y ait véritablement contrat de louage, il faut que les denrées, les marchandises, etc., qui forment le prix, deviennent la propriété du bailleur.

Ainsi ce ne serait pas un vrai contrat de louage si je vous donnais un cheval pour tant de jours, à condition que vous me donneriez le vôtre pour un nombre égal de journées. Il y aurait là un contrat anonyme, fort semblable au louage, sans doute, mais qui ne pourrait prendre cette dénomination (8).

Du reste, le louage reprend sa similitude avec la vente, en ce que le prix du louage peut être fixé par arbitrage d'un tiers (9). On en verra la preuve par l'article 1716.

Mais si l'expert nommé ne remplit pas sa mission, pourra-t-on avoir recours aux lumières d'autres experts? Pothier croit qu'il ne faut pas se laisser diriger par les règles de la vente, qui ne permettent pas de sortir de la désignation faite par le contrat (10). « Dans le contrat de louage, dit-il, *putà* d'une maison « ou d'une métairie, le locateur qui n'est pas à portée de l'occuper ou de l'exploiter par lui-même, « étant pressé de la louer, et le conducteur, de son « côté, ayant besoin de se pourvoir, on doit présumer, au contraire, que lorsque les parties s'en sont « rapportées à une personne pour le prix du loyer ou « de la ferme, leur intention n'a pas été que le contrat n'eût pas lieu, si elle ne faisait pas l'estimation; mais qu'elle a été, au contraire, qu'il aurait « lieu pour le prix qui serait estimé par d'autres « experts (11). »

(1) L. 23, D. *Loc. cond.*

(2) Pothier, 38-39, et les autres auteurs combattus par Vinnius, tels que Tulden, Lopez, etc.

(3) L. 5 de ses Questions. V. le Comm. de Cujas sur cette loi, p. 661, col. 1, des Questions de Paul.

(4) L. 38, § 2; l. 46; l. 52; l. 58 : D. *Loc. cond.* L. 1, *in fine*. D. *Mand.*

(5) N° 38.

(6) *Junge* loi du 22 frimaire an VII; loi du 15 mai 1818, art. 75.

(7) *Junge* M. Championnière, t. 4, n° 3065.

(8) Pothier, n° 38. Ulpien, l. 17, § 3, D. *Præscript. verb.* Inst., *Loc. cond.*, § 2. M. Ducaurroy, t. 3, p. 148-149.

(9) Inst., *De loc.*, § 1. V. l'exposé de ce point de droit dans mon Comm. de la *Vente*, n° 155 et suiv.

(10) Mon Comm. de la *Vente*, n° 159, et art. 1592.

(11) N° 37.

On peut opposer à cette doctrine de Pothier, que la loi finale au C. *de cont. empt.*, qui formule pour la vente le principe consacré par l'art. 1592 du Code civil, ajoute : *quòd etiam in hujusmodi locatione locum habere sancimus*.

D'ailleurs, le motif tiré par Pothier, de la hâte qu'ont le propriétaire et le fermier, l'un d'utiliser sa chose, l'autre son industrie, peut ne pas se rencontrer toujours ; car il est possible que la convention soit faite longtemps avant que la ferme ne soit libre et susceptible d'être livrée.

Je n'admettrais donc son tempérament qu'autant que le bail serait déjà exécuté par la mise en jouissance du preneur. L'article 1716 vient donner son appui à cet aperçu.

Peut-être aussi serait-il équitable de l'admettre, lorsque le terme pour entrer en jouissance serait si prochain, que le locateur ne pût facilement trouver d'autres preneurs, ou que le fermier ne pût trouver à se pourvoir (1).

Quelquefois le prix n'a pas besoin d'être fixé par les parties (2); c'est ce qui a lieu dans les tacites réconductions, et dans tous les cas où il s'agit d'un objet dont le prix est fixé d'avance par l'usage des lieux.

On peut donner pour exemple l'hypothèse où je loue un fiacre, dont la course est évaluée par un tarif invariable, ou bien celle où j'emploie pour tant de jours les services d'un ouvrier dont la journée est réglée par la coutume locale (3).

Pour terminer, enfin, il faut voir ce que je dis *infrà*, n° 639, sur une dernière condition du prix.

4. Après nous être occupés du prix, parlons d'une dernière condition exigée par notre article et non moins essentielle que les précédentes, je veux dire la cession au preneur de la jouissance de la chose pendant un certain temps.

Notez ces derniers mots, *pendant un certain temps*, empruntés au texte de l'article 1709 ; il s'ensuit que la jouissance du preneur ne saurait être perpétuelle. La perpétuité répugne à nos idées ; elle est incompatible avec les principes de liberté que les lois modernes ont établis pour les choses comme pour les personnes (4). Le droit romain n'était pas aussi susceptible. Il admettait des baux à perpétuité (5), et ne croyait pas que l'essence du louage répugnât à une durée perpétuelle.

Mais il ne faudrait pas confondre un bail perpétuel avec un bail dont la durée, quoique indéfinie, serait subordonnée à une condition casuelle. Nous trouvons encore aujourd'hui dans le Limousin et dans l'Alsace des baux appelés à *colonage perpétuel* ou *baux héréditaires*, qui sont dans ce cas (6). Quand la ligne directe vient à s'éteindre, le colonage perpétuel est résolu ; car il n'est perpétuel que de nom, et il ne passe pas aux branches collatérales. Il en est de même du bail héréditaire ; il porte la mort dans son sein, puisqu'il est destiné à périr avec la race du fermier (7).

La loi n'a rien statué d'une manière générale et absolue sur la durée ordinaire des baux ; elle s'en rapporte aux conventions ou aux usages particuliers, ou à certaines règles applicables à certains cas seulement (8). Habituellement, cependant, les baux de maisons se contractent pour 3, 6, 9 années ; les agronomes désirent avec raison une durée plus prolongée pour les baux de biens ruraux, et 18 ans leur paraît un terme qui devrait être pris pour règle dans la pratique (9). Toutefois il est certaines personnes qui, placées dans une position à part par des lois spéciales, ne peuvent, sans excès, consentir des baux de plus de 9 ans (10).

Autrefois, on considérait les baux au-dessus de 9 ans comme baux à long terme, et ils conféraient un droit réel immobilier (11). C'était un point de jurisprudence constante ; nous verrons tout à l'heure qu'il en est de même aujourd'hui de tous les baux, quelle que soit leur durée.

Mais l'ancienne jurisprudence n'allait pas jusque-là pour les baux au-dessous de 9 ans ; elle n'attribuait au preneur aucun *jus in re* ; le contrat de louage n'engendrait entre le bailleur et lui qu'un simple rapport personnel. Pour savoir s'il doit en être autrement aujourd'hui, il est nécessaire que nous commencions par nous fixer sur la nature du droit de jouissance que le bail procure au preneur. Ce point est très-important et doit soigneusement occuper nos méditations.

Et d'abord, nous ferons remarquer que le bail ne crée pas au profit du preneur un de ces démembrements de la chose qui, comme l'usufruit, l'usage ou la servitude, appauvrissent le propriétaire, et lui enlèvent une portion importante du plein domaine de la chose. Le bail est au contraire pour le maître un moyen de tirer parti de l'immeuble, tout en en conservant la substance : c'est une manière de le mettre en rapport et d'en retirer des fruits. Quand un individu passe un bail de ses héritages, il n'est personne qui s'imagine qu'il fractionne et amoindrit son droit de propriété. Mais s'il vient à concéder un usufruit, un droit d'usage, une servitude, tout le monde comprend au premier coup d'œil que son domaine sera désormais moins plein et moins absolu (12).

La raison en est que le fermier n'a qu'une possession d'emprunt, et que, même dans le droit qui lui est attribué, il reconnaît qu'il n'est pour ainsi dire qu'un procureur jouissant pour le maître, cultivant pour lui et percevant les fruits, pour les partager dans la juste mesure qui appartient d'une part au travail et de l'autre au droit prééminent de propriété (13). J'accorde qu'il possède, mais il ne possède pas *animo domini* ; il est dominé par la pensée du droit d'autrui qui s'attache à tous ses actes et les pénètre d'un élément de précarité (14).

Prenez, au contraire, un usufruitier, et un tout autre aspect frappera vos regards. Demandez-lui, par exemple, si, lorsqu'il cultive, lorsqu'il récolte, il se considère comme le procureur, le représentant du nu-propriétaire. Voici ce que dans son bon sens in-

(1) Pothier, *loc. cit.*

(2) Voet, *Loc. cond.*, n° 7.

(3) Pothier, n° 40.

(4) *Infr.*, n° 53. Opinion de M. Tronchet, et n° 401.

(5) L. 10, C. *De loc. cond.* (Gordianus). Caius, *Inst.*, Comm. 3, n° 145. Voy. la préface.

(6) *Infr.*, n° 56.

(7) Req. de M. Dupin, dans l'affaire jugée par l'arrêt solennel du 24 novembre 1837. D. 38, 1, 134, 135. V. *infr.*, n° 56.

(8) V. art. 1736, 1757, 1758, 1774, qui établissent des présomptions de durée pour les baux faits verbalement.

(9) *Infr.*, n° 78. Loi du 25 mai 1835. Voy. aussi la préface.

(10) V. le comm. de l'art. 1718.

(11) *Infr.*, n° 25. Je cite les autorités pour et contre.

(12) Mon Comm. de la *Prescription*, n° 367.

(13) C'est pourquoi le président Favre dit très-bien : « Præstat « pensionem domino, qui per eam pensionis perceptionem non « tantùm rei suæ possessionem retinere, *sed etiam re suâ ipsâ « frui intelligitur*, l. 38, D. *De usuf.* (*De error. pragmat.* » Decad., 100, error 5, *infr.*, n° 271).

(14) Mon Comm. de la *Prescription*, n° 239.

stinctif il vous répondra, sans avoir besoin de consulter les lois : « Ma possession tient lieu de celle du propriétaire, contre tous ceux qui voudraient lui ravir la nue propriété. » Sans doute à l'égard des tiers, la nue propriété et l'usufruit sont censés se réunir et se coaliser pour repousser toutes les prétentions qui tenteraient de tirer parti de leur division accidentelle. En un mot, ces deux droits ne font qu'un et ils sont en quelque sorte solidaires l'un de l'autre pour écarter les tiers. Mais quand le débat demeure circonscrit entre l'usufruitier et le nu-propriétaire, il n'en est plus ainsi. L'usufruitier possède un démembrement distinct de la chose; il la possède comme maître et non pour autrui. Dans sa sphère, il peut braver le nu-propriétaire, se poser en rival, et lui dire : Je ne vous dois rien.

. . . . . *Illâ se jactet in aulâ.*

En est-il de même du fermier? Non sans doute! Il a beau s'exalter sur la nature de son droit!! son sort est lié à celui du propriétaire; il travaille pour lui mettre son revenu dans la main; il est son intermédiaire entre sa terre et lui; il est son ouvrier; de même que le locataire est son collecteur.

5. Toutefois reconnaissons une chose; c'est que, quoique le propriétaire possède l'immeuble loué, il impose cependant une sorte de restriction à son droit d'user et d'abuser; ainsi, par exemple, il s'interdit d'occuper par lui-même la maison ou l'appartement loué pendant toute la durée du bail; il lui est défendu de toucher aux fruits naturels de la ferme; le locataire seul a le droit de jouir de la maison ou de l'appartement; le fermier seul peut recueillir les fruits en nature. Cette limitation du droit de propriété, que Connanus appelait *patientia locatoris* (1), est certainement une charge. A la vérité, cette charge est dans l'intérêt de la chose; le plus souvent elle lui est avantageuse; elle compense largement l'interdiction peu importante à laquelle le propriétaire s'est soumis, non pour s'appauvrir, mais pour s'enrichir. Charge productive, on ne peut dire qu'elle contienne aliénation réelle d'un fragment du domaine (2). Mais enfin elle impose une souffrance au maître, et il n'est même pas impossible qu'elle devienne accidentellement gênante, par exemple, si les baux sont anciens et que la valeur des immeubles ait augmenté; dans ce cas, il faut que le propriétaire attende la fin du bail pour se débarrasser des locataires et des fermiers qui occupent les lieux, et pour leur substituer des baillistes qui payent plus cher. C'est là un empêchement que le propriétaire doit nécessairement subir; empêchement qui affecte la chose et qui, la suivant en quelques mains qu'elle passe, semble constituer, d'après le droit nouveau, un droit réel pour le fermier, c'est-à-dire un droit absolu et non pas seulement un rapport particulier entre le bailleur et le preneur (3).

6. Ceci posé, on me dira peut-être qu'il y a contradiction entre ce droit réel que j'attribue au bail, et cette proposition que j'ai émise ailleurs, savoir : que le *fermier n'est propriétaire d'aucun démembrement de la chose* (4). Mais voici ma réponse.

Pour juger de la nature d'un contrat, il ne faut pas se laisser influencer par quelques particularités secondaires et quelques inconvénients qui, loin d'être dans sa nature, ne sont que de rares accidents. Or, en thèse générale, le bail, appliqué à une chose, est un mode très-utile d'exploitation bien plus qu'un démembrement de la propriété; c'est un moyen de recueillir les fruits par une combinaison presque toujours avantageuse. Il suit de là que cette combinaison ne crée pas une propriété distincte, prise sur la propriété même, à son préjudice et à son détriment. Je compare le bail à un élément étranger qui s'incorpore à la chose pour en faire sortir les produits, à peu près comme un réservoir qu'on applique à une lampe pour lui fournir l'aliment qui entretient la lumière. Donc, par cela même qu'il s'y ajoute, il ne le démembre pas; il le met en état de rapport au lieu de le fractionner, il rend la propriété féconde au lieu d'en retrancher aucune de ses parties utiles.

Il est vrai que ce mode d'exploitation attribue un droit au bailliste qui en est l'agent : à savoir, d'en rester détenteur pendant toute la durée du bail, et de conduire à fin l'exploitation convenue. D'où il suit que son industrie et son occupation accompagnent l'immeuble en quelque main qu'il passe, et que les tiers sont tenus de plein droit de prendre la chose avec ce procédé particulier de mise en rapport. Voilà pourquoi j'ai cru pouvoir avancer que le droit du bailliste est un droit réel. Car le droit réel est défini par les docteurs : *facultas hominis in rem competens, sine respectu ad certam personam* (5); tout droit absolu est un droit réel, et celui dont nous parlons a ce caractère. Mais si, après cela, on veut prétendre que ce droit réel démembre le domaine de la chose louée; mon esprit répugnera à cette assertion. Le fermier ne prend d'une main que pour rendre de l'autre; ce qu'il recueille en nature, il le restitue en fruits civils. Son droit ne s'assoit sur la chose, que pour qu'elle ne soit pas stérile pour le maître. Il est puissance auxiliaire et non puissance rivale. On ne saurait donc donner au bail le nom de démembrement, comme à l'usufruit et à la servitude.

7. Objectera-t-on qu'il n'y a pas de droit réel sans un démembrement du domaine? M. Delvincourt n'était pas de ce sentiment puisqu'il disait : « L'hypothèque, quoique droit réel, n'*est pas un démembrement de la propriété* (6). J'ajouterai qu'en supposant que l'idée par laquelle on m'arrête fût vraie dans l'ancien droit, ce ne serait pas une raison pour l'importer sans modification dans le nouveau. Jadis, le bail était fort différent de ce que le Code civil l'a fait pour nous; il ne suivait pas la chose, il périssait avec l'aliénation de l'immeuble; il ne donnait qu'un droit relatif. Aujourd'hui il affecte la chose, il demeure imprimé sur elle, malgré les sous-aliénations; le voilà donc qui s'élève, malgré tous les précédents connus, dans la classe des droits réels. Mais est-ce notre faute, à nous interprètes du Code civil, qui devons constater les innovations de la loi actuelle, et non les répudier, est-ce notre faute si ce nouveau droit réel, créé en faveur du bailliste, ne dérive pas de la même source que ceux que l'ancienne jurisprudence comprenait dans ses catégories? Est-il en notre pouvoir d'empêcher que le Code civil ait rendu absolu, de relatif qu'il

(1) P. 134, col. 2. Paul avait dit : *Patientia fruendi*, l. 24, § 4, D. *Loc. cond.*

(2) La Cour de cassation a cependant avancé, dans un considérant d'un arrêt du 16 novembre 1825, que « la location d'une auberge doit être considérée comme une *aliénation temporaire* « *qui la rend* étrangère au propriétaire pendant la durée du « bail. » (Dall., 25, 1, 456.) Ces expressions manquent de mesure.

(3) V. la préface de mon Comm. de la *Vente*, n° 1.

(4) *Prescription*, n° 366.

(5) Huberus, sur les Institutes, *De rer. divis.*

(6) T. 3, p. 293, notes, n° 4.

était auparavant, un droit imposé sur la chose pour l'utiliser dans l'intérêt du maître, bien plutôt que pour le démembrer? Pouvons-nous faire qu'un droit qui met une chose en valeur dans l'intérêt du propriétaire, et lui assure le moyen d'en percevoir les fruits, soit un véritable démembrement de la chose dans le sens qui, jusqu'à ce jour, a été attribué à ce mot? Pouvons-nous faire, d'un autre côté, qu'un droit que les tiers sont obligés de respecter, ne soit pas un droit absolu, ou, en d'autres termes, un droit réel?

8. Je sais que je suis le premier écrivain qui ait soutenu que le bail est, sous le Code civil, la source d'un droit réel. Je l'avouerai sans peine; cette doctrine n'a pas encore pour elle la sanction de la jurisprudence, et je ne pourrais invoquer à son aide qu'un arrêt de la cour de Dijon du 21 avril 1827 (1) vivement combattu par les auteurs (2) et un arrêt de la cour royale de Paris du 16 février 1808, qui n'a pas excité moins de clameurs (3)!!

MM. Delvincourt (4) Proudhon (5), Duranton (6), Toullier (7), se sont même élevés avec force contre toute idée de droit réel appliquée au contrat de louage. Mais, malgré toute l'autorité qui s'attache aux opinions réunies de ces savants auteurs, je n'en persiste pas moins à penser que mes assertions n'ont rien de téméraire, et qu'elles trouvent dans l'art. 1743 un fondement inébranlable. J'ai même été engagé à les soutenir par des personnes savantes et expérimentées, qui y ont vu l'occasion d'une discussion profitable à l'étude du droit.

9. Voyons les principales objections, et commençons par M. Proudhon. Si, dit-il, le bail n'est pas résolu aujourd'hui, comme il l'était anciennement par la vente du fonds, ce n'est pas que le preneur ait véritablement un droit réel, en vertu duquel il puisse suivre la chose comme sienne sous le rapport du domaine utile, et la revendiquer entre les mains du tiers acquéreur; mais c'est seulement parce que les auteurs de l'art. 1743 ont voulu que l'aliénation du fonds affermé ne fût consentie ou *censée consentie* que sous la condition que le tiers acquéreur y stipulât, ou *fût censé y avoir stipulé*, l'obligation personnelle d'entretenir le bail, ce qui donne bien au fermier un droit de rétention sur la jouissance, mais non un droit réel.

Cette objection n'est-elle pas entachée tout d'abord d'une faiblesse radicale? Avec le raisonnement de M. Proudhon, je vais vous prouver que le droit de servitude, le droit d'hypothèque, le droit de résolution ne sont pas des droits réels; il me suffira de dire qu'on ne peut les exercer contre tous que parce que la loi présume que les sous-acquéreurs sont censés avoir consenti à les respecter. Passez-moi ce sous-entendu, et j'effacerai même de nos Codes tous les droits réels; je n'aurai besoin que de supposer un engagement tacite (8)!!!

Mais il ne saurait en être ainsi!!

Voulez-vous savoir la véritable raison de cette obligation qui vient se présenter à tous les tiers détenteurs comme une loi inévitable? Voulez-vous savoir pourquoi le Code civil l'imprime par une force tacite sur la tête des sous-acquéreurs? C'est que l'art. 1743 a fait du bail un droit réel; car une obligation n'est si généralement, si invariablement sous-entendue, que lorsque le droit auquel elle correspond est absolu; or, s'il est absolu, il est réel (9), il n'y a pas de milieu.

10. M. Proudhon voudrait ensuite qualifier le droit du fermier de droit de rétention sur la jouissance; mais c'est trop peu dire; nous verrons, en commentant l'art. 1743, que le fermier peut revendiquer son droit alors même qu'il n'a pas encore été mis en possession (10); d'ailleurs, le droit de rétention est autre chose que ce que M. Proudhon le fait ici; il n'est qu'une exception bonne à opposer au débiteur ou au propriétaire de mauvaise foi qui veut reprendre sa chose sans payer ce qu'il doit (11). Est-ce là la position du fermier et du sous-acquéreur?

Et puis, quelle contradiction de la part de notre auteur!! Si le tiers détenteur est obligé par une convention tacite à entretenir le bail, est-ce qu'il est nécessaire de recourir au droit de rétention pour expliquer la persistance du bail? ou bien, si le bailliste n'a qu'un droit de rétention, n'est-ce pas reconnaître que le tiers acquéreur n'est pas tacitement obligé de le faire jouir du bénéfice de son contrat?

11. M. Proudhon ajoute enfin que, dans l'ancienne jurisprudence, l'acquéreur d'un bien appartenant au fisc était tenu de plein droit de l'entretien du bail ou des indemnités du fermier s'il voulait le faire sortir, et que cependant jamais il n'était venu dans la pensée de personne de considérer le droit du bailliste comme réel (12).

Mais la loi 50, D. *De jure fisci*, qui a fourni à M. Proudhon cette objection, me paraît porter avec elle-même les moyens de la réfuter. Elle contient une décision de l'empereur Antonin Caracalla sur un cas privilégié, et cette décision, quoique rendue d'après le conseil de Papinien, n'était, au jugement de Cujas, qu'un acte de faveur au profit du fisc, *nova et inaudita sententia* (13). Voulant, en effet, que le fisc ne fût pas exposé à un recours en dommages et intérêts de la part du fermier expulsé, la loi 50, au D. *De jure fisci*, suppose qu'il est intervenu entre le fisc et son acquéreur une convention tacite de ne pas expulser le fermier (14). Mais quoi de plus contraire à la vérité des faits et à la nature du contrat de bail dans le droit romain, que cette supposition gratuite? Aussi Cujas dit-il que l'empereur, adoptant cette invention de Papinien (15), ne fit qu'agir dans un esprit de faveur pour son propre fisc, et *ità fisco suo favit*. On peut bien penser que ce précédent ne fut pas perdu pour les partisans du fisc, et que désormais les acquéreurs des domaines fiscaux furent tacitement grevés de la charge d'entretenir les baux; mais ce n'était là qu'une exception, et M. Proudhon conviendra avec moi qu'entre un droit absolu comme celui que le Code civil donne au fermier, et le droit relatif accordé par le droit romain en vertu d'un privilége spécial au bailliste du fisc, il y a une immense différence. Supposez, en effet, que l'acquéreur du fisc eût revendu, que serait devenu le bail? n'aurait-il pas été résolu? Était-il donc possible

(1) Sirey, 27, 2, 116. Dall., 27, 2, 119.
(2) V. *infr.*, sur l'art. 1743, la défense de cet arrêt.
(3) *Infr.*, n° 317.
(4) T. 3, p. 185 (note 2), 188 (note 5), 198 (note 5).
(5) *Usufruit*, t. 1, n° 102.
(6) T. 4, n° 73, et t. 17, n° 139.
(7) T. 3, n° 388.
(8) V. mon Comm. de la *Vente*, n° 629. J'y combats un argument semblable de M. Poncet sur une question analogue.
(9) M. Blondeau, *Chrest.*, t. 1, p. 187.
(10) V. *infr.*, n° 493.
(11) Mon Comm. des *Hypothèques*, nos 256 et suiv.
(12) V. Despeisses, t. 1, p. 69, *sexto*.
(13) Sur la loi 50, D. *De jure fisci*, p. 1595; *infr.*, n° 480.
(14) *Atque*, dit-elle, *si hoc ipsum in emendo convenisset*.
(15) Papinianus *hanc novam sententiam* EXCOGITAVIT. (Cujas, *loc. cit.*)

de voir un droit réel dans cette position purement relative?

12. Un autre professeur, M. Duranton, a cherché à enlever au bail tout effet réel en comparant les définitions du bail et de l'usufruit données par les articles 1709 et 578. L'usufruit, dit-il, est un *droit de jouir comme le propriétaire lui-même*. Au contraire, le contrat de bail n'oblige le bailleur qu'à *faire jouir* le preneur. L'usufruitier n'a donc pas besoin qu'on *le fasse jouir* comme le fermier. Il jouit de lui-même en vertu de son droit sur le corps de la chose; il jouit comme le propriétaire. Au lieu que l'obligation du bailleur n'est pour le preneur qu'une *créance indéterminée* consistant uniquement dans le droit qu'elle lui donne de le contraindre à le *faire jouir*, à le mettre à même de percevoir les fruits de la chose louée, ou à payer des dommages et intérêts; droit par conséquent mobilier, puisque ces fruits où ces dommages et intérêts sont des choses mobilières (1).

Mais il me semble que cette argumentation est loin d'être convaincante.

D'abord, M. Duranton n'a vu dans la définition du bail donnée par l'art. 1709, que ce que Pothier apercevait dans la définition conforme qu'on trouve dans ses écrits. Mais pensons-y bien!! l'art. 1743, combiné avec l'art. 1709, ouvre des aperçus tout nouveaux. Il donne au bail des effets ignorés de Pothier. Il abolit un principe fondamental dans l'ancien droit, savoir : que le bail ne liait pas les tiers détenteurs. Or ce changement est-il si peu de chose qu'il doive passer inaperçu?

Pourquoi Pothier réduit-il le droit du fermier à *une simple créance personnelle?* (Ce sont ses expressions) (2). Pourquoi le classe-t-il dans une catégorie autre que l'usufruit, l'emphytéose, le bail à longues années? Parce que ces titres créent des droits qu'on peut réclamer en quelques mains que l'héritage passe; tandis que, d'après la fameuse loi *Emptorem*, 9, Cod. *De loc. conduct.*, le tiers détenteur peut expulser le fermier (3).

Mais puisqu'aujourd'hui le bail suit l'immeuble et ne peut en être détaché, n'est-il pas inexact de réduire le droit du fermier à un droit de créance? Ce droit n'est-il pas devenu quelque chose de plus ferme et de plus stable, et n'est-il pas dangereux de se laisser dominer par les doctrines de l'ancienne jurisprudence?

Nous soutenons donc que l'art. 1709, quoique copié dans Pothier, a, par son rapport avec l'art. 1743, un sens fort différent de celui qui avait frappé l'esprit de ce jurisconsulte. Il faut le lier aux nouveaux principes que le Code civil a consacrés, et c'est le cas d'appliquer ici ce que j'écrivais dans la préface de mon Commentaire de *la Prescription* : « Quand une « idée passe du domaine des opinions dans le do« maine de la loi, mille intérêts imprévus viennent « s'y rattacher et s'y confier... ils lient les différentes « matières traitées successivement par le législateur « et puisées à des sources diverses, pour les limiter, « les balancer, les modifier les unes par les autres; « et bientôt voilà des systèmes nouveaux et inaperçus, « qui s'échappent à l'envi de la formule légale, bien « étonnée peut-être de se trouver si féconde. C'est « qu'une opinion, en passant dans un code, y con« tracte des alliances intimes qui développent en elle « des germes mystérieux que l'isolement eût laissés « stériles (4). »

Ceci posé, voyons si la différence des art. 578 et 1709 peut influer sur la solution que nous recherchons. Je ne le crois pas!!

De ce que les définitions de l'usufruit ne sont pas semblables dans le Code civil, tout ce qu'il faut en conclure, c'est que le bail est distinct de l'usufruit, et que l'un ne doit pas être confondu avec l'autre. Mais qui donc songe à les assimiler? Est-ce que nous voulons prétendre que le fermier a le droit de jouir comme le propriétaire?

Ensuite, je crains que M. Duranton n'attribue des effets trop magnifiques à ces mots de l'art. 1709, *faire jouir*, opposés à ceux de l'art. 578, *droit de jouir*. Si le bailleur est tenu de faire jouir le preneur, c'est probablement que ce dernier a un droit de jouir : car toute obligation suppose un droit corrélatif. L'art. 1709 n'a pas défini le droit du fermier; il s'est borné à formuler l'obligation du bailleur. Mais spécifier l'obligation, c'est du même coup spécifier le droit, puisque l'obligation n'est que la contre-partie du droit. Je dis donc que, dès l'instant que le bailleur est tenu de faire jouir le fermier, ce dernier a un droit de jouir (5); seulement ce droit n'est pas aussi étendu que celui de l'usufruitier, et en diffère même sous des rapports très-graves. Mais qu'importe à notre question?

Eh bien! ce droit de jouir du bailliste, à quelle classe le rapporterons-nous? Est-il réel? est-il personnel? Sans doute Pothier avait raison d'enseigner, de son temps, qu'il ne constituait qu'une créance personnelle, parce qu'alors il n'engendrait pas un droit de suite. Mais aujourd'hui les mots *faire jouir*, de l'article 1709, ont une signification beaucoup plus large. Ils ne restreignent pas le droit du bailliste à une simple créance personnelle, puisqu'il a un droit contre les tiers avec lesquels il n'a pas contracté.

M. Duranton insiste beaucoup sur ce que le droit du fermier, étant un droit aux fruits, n'est que mobilier. Accordons-le pour le moment, sauf à discuter plus tard. Mais à mon tour j'objecterai que ce n'est pas une raison pour dire que le fermier n'a pas un droit réel. Il y a des droits mobiliers qui ont, pour plus de garantie, un droit de suite qui les accompagne. L'hypothèque, par exemple, est un droit réel attaché à des droits mobiliers pour leur donner sûreté et protection. Le droit de revendiquer un meuble volé entre les mains des sous-acquéreurs, est tout à la fois mobilier et réel (6). Enfin, pour citer une autorité non suspecte à M. Duranton, je dirai que M. Proudhon, qui se rencontre avec lui dans le même système, reconnaît cependant que les baux à longues années, quoique ne créant à ses yeux que des droits mobiliers, engendrent cependant *un droit réel acquis pour une garantie plus rigoureuse de l'exécution du bail* (7).

Embarrassé par l'art. 1743 du Code civil, M. Duranton croit échapper à cette disposition si grave, en répondant qu'elle a été introduite en faveur de l'agriculture, mais non pas pour changer les anciens principes sur la nature du louage. Explication insuffisante et vaine! Et que m'importe que ce soit l'intérêt de l'a-

(1) T. 4, n° 73.
(2) *Communauté*, n° 71.
(3) *Id.* V. aussi *Louage*, n° 288.
(4) P. vij.
(5) La clause *promettre de faire jouir*, se rencontrait jadis dans tous les baux à rente, qui cependant transféraient la propriété (Rép., v° *Vigne*, p. 580, col. 2. in-8°, p. 157).
(6) Mon Comm. de la *Prescript.*, art. 2279.
(7) *Usufruit*, n° 102.

griculture qui ait dirigé le législateur? Qui m'empêche de dire que c'est dans l'intérêt de l'agriculture qu'il a accordé au bail la puissance toute nouvelle d'engendrer le droit réel? Ensuite, remarquons-le! le bail à loyer est étranger aux intérêts de l'agriculture, et cependant le sous-acquéreur d'une maison est obligé de respecter le bail établi sur la chose!!!

13. Il me reste à parler de l'opinion de M. Toullier, la plus rapprochée de toutes de celle que je soutiens, mais la plus difficile à comprendre cependant; car, après avoir entrevu le grave changement opéré par l'art. 1743, après avoir concédé qu'aujourd'hui le bail a un *droit de suite* et un *caractère de réalité* dont il était dépourvu auparavant, M. Toullier rebrousse brusquement chemin et finit par conclure avec Pothier que ce droit du fermier n'est pas un droit réel (1). Écoutons-le parler. « Suivant le Code civil, il n'en est « plus ainsi. Les baux authentiques ont acquis *un caractère de* RÉALITÉ qu'ils n'avaient pas autrefois, « puisqu'ils ne sont pas résolus par le changement de « propriétaires, même à titre singulier; le droit du « fermier SUIT *l'héritage* en quelques mains qu'il « passe. — En cela notre nouvelle législation est plus « conforme au principe, que personne ne peut transférer à autrui plus de droits qu'il n'en a lui-même. « Aujourd'hui le fermier, comme l'usufruitier, *peut exercer son droit* contre tout possesseur de l'héritage, quel qu'il soit; *c'est un des caractères du droit réel.*

« Néanmoins le droit du fermier n'est pas un droit « réel, et en cela il diffère du droit de l'usufruit. »

J'avoue que cette conclusion me confond d'étonnement. Quoi donc!! le bail a acquis un caractère de réalité, et il n'engendre pas le droit réel! il est armé du droit de suite, *l'un des caractères du droit réel*, et il n'est pas droit réel!

M. Toullier convient que l'art. 1743 a voulu rester fidèle au principe qu'on ne peut transférer à autrui plus de droits qu'on n'en a soi-même, et en cela il a parfaitement aperçu la raison décisive de cette disposition. Mais c'est ce qui aurait dû lui prouver que sa conclusion est irrationnelle. En effet, l'acquéreur ne succède jamais aux obligations personnelles du vendeur; il ne succède qu'aux charges réelles. Si donc il est tenu de respecter le bail, c'est sans doute parce qu'entre les mains du vendeur, il est une charge de la propriété et non pas seulement une créance personnelle. Or, s'il est charge de la propriété, il est droit réel. Il n'y a pas moyen d'échapper à cette conséquence.

14. Des adversaires plus récents de mes idées ne doivent pas être passés sous silence, quoique leurs arguments n'offrent rien de bien nouveau.

Je lis d'abord dans un arrêt de la cour de cassation, du 14 novembre 1832 (2), que « le droit des con- « tractants consiste dans un simple *jus ad rem*, ayant « pour objet *la jouissance* des lieux loués; que le « droit de l'autre consiste uniquement dans l'exécu- « tion de la convention, tant pour le payement des « loyers que pour la sortie des lieux; qu'ainsi l'ac- « tion résultant du bail n'est pas une action mixte, « mais bien une action purement personnelle. »

Mais comment concilier cette doctrine avec celle d'un arrêt que j'ai déjà rapporté ci-dessus (3), qui porte que la location d'une auberge doit être considérée *comme une* ALIÉNATION *temporaire*, qui la rend étrangère au propriétaire pendant la durée du bail?

M. Duvergier a aussi traité la question qui nous occupe, et il n'hésite pas à la résoudre comme ses devanciers (4). Bien plus, apercevant dans une phrase de la préface de mon Commentaire de la *Vente* le germe d'une théorie qui s'écarte de l'opinion commune, il croit qu'après un meilleur examen je reviendrai à d'autres idées (5). Sans doute, il serait plus commode pour moi de marcher dans une route déjà frayée. J'y aurais trouvé moins de peine et de travail, et j'eusse évité le reproche de viser à des résultats extraordinaires et hasardés (6). Mais je n'aurais pas été en paix avec moi-même, et ma conscience m'eût reproché d'avoir enseigné, sur la foi d'autrui, une doctrine dont je n'étais pas intimement pénétré. De nouvelles réflexions m'ont donc raffermi dans ma conviction, et je la soumets au jugement de ceux qui me lisent. Ils verront si les arguments de l'estimable écrivain que je vais essayer de réfuter, sont de nature à me faire déserter mon avis.

M. Duvergier a de la répugnance à admettre que le législateur, voulant opérer une aussi grande innovation que celle que je rattache à l'art. 1743, se fût borné à en proclamer les conséquences et les effets, plutôt que d'écrire le principe lui-même en termes formels dans la définition même du louage. Or, nonseulement, dit-il, il n'y a rien de semblable dans les dispositions qui caractérisent ce contrat, mais tout au contraire elles adoptent la définition que Pothier donnait du louage sous l'ancien droit. Dès lors, l'identité d'expression conduit nécessairement à l'identité de pensée.

Et moi aussi, je voudrais que le législateur montrât son infaillibilité autant dans la conception de la pensée légale que dans la formule qui la revêt. Combien cette perfection rendrait plus simple et plus coulante la tâche de l'interprète!!! Mais qui ne sait que la prévoyance de la loi se trouve trop souvent en défaut, tantôt parce que l'expression amoindrit la pensée, tantôt parce que la pensée dépasse l'expression? Et sans sortir du Code civil, n'y a-t-il pas, dans cette œuvre, si remarquable du reste, des lacunes sans nombre, des réticences pleines d'embarras, des incohérences inexplicables? M. Duvergier a-t-il oublié que la théorie de la transcription, établie par la loi de l'an VII et si favorable à la stabilité des mutations d'immeubles, a été écartée par des rédacteurs du Code civil, par une espèce d'escamotage (7) qui laisse dans plusieurs de ses dispositions un défaut d'unité dont tous les bons esprits ont été frappés (8)? Est-ce que M. Duvergier lui-même n'a pas signalé la rédaction *équivoque* du Code civil, dans les dispositions par lesquelles il a modifié ce système de la loi du 11 brumaire an VII (9)? Et plus tard, lorsque le législateur, revenant sur lui-même, eut été poussé à réformer une partie de ce qu'il avait fait, son langage et sa pensée ont-ils été bien nets en bien francs dans les art. 883 et 884 du Code de procédure civile (10)? Et cependant il ne s'agissait rien moins dans tout ceci que d'une des bases fondamentales de la propriété et du crédit (11)!!!

(1) T. 3, n° 388.

(2) Sirey, 33, 1, 32. Je ne l'ai pas trouvé dans le recueil de M. Dalloz.

(3) *Supr.*, n° 5, en note. Arrêt du 16 novembre 1825.

(4) *Louage*, t. 1, nos 279, 280 et suiv.

(5) N° 282.

(6) P. 253.

(7) Préface de mon Comm. des *Hypothèques*.

(8) Mon Comm. de la *Vente*, n° 45.

(9) *Vente*, n° 23.

(10) V. mes *Hypothèq.*, nos 898, 899, 900.

(11) Après cela, si de ces exemples on essaye de passer à d'autres

Mais j'ouvre la définition que le Code civil a donnée de la vente (art. 1582, C. C.); de la vente, disais-je, qui, chez nous, a des effets si différents de ceux que l'ancien droit lui attribuait. Et qu'y trouvé-je tout d'abord? Précisément une définition conforme à celle qu'en donnait Africain !! (1).

Il est vrai que l'intention du législateur ne tarde pas à se révéler par d'autres textes, qui démontrent que les expressions de l'art. 1582 ne correspondent pas à l'idée qu'il voulait rendre, et qu'il s'est laissé influencer dans son langage par le langage de ses prédécesseurs. Eh bien! c'est aussi ce que je dis de l'article 1709; sans doute il est copié dans Pothier comme l'art. 1582 était copié dans les lois romaines. Mais l'art. 1743 vient ensuite pour en modifier la portée et en expliquer la formule incomplète.

Remarquez d'ailleurs que les termes de la définition du louage n'ont dans l'art. 1709 rien qui soit incompatible avec le caractère nouveau qui se révèle dans l'art. 1743. Ces mots *s'oblige à faire jouir*, dans lesquels M. Duvergier voit, comme M. Duranton, un sens pour ainsi dire magique (2), ne me paraissent en aucune manière devoir exclure nécessairement la pensée de la transmission d'un droit réel. La preuve en est que la clause *promettre* DE FAIRE JOUIR se trouvait jadis dans tous les baux à rente, qui cependant transféraient la propriété (3); et puis, le *faire jouir* ne se trouvait-il pas aussi dans la définition du bail au-dessus de 9 années, que toute l'ancienne jurisprudence considérait comme transmettant un droit réel (4)? N'était-il pas inhérent au bail à colonage perpétuel, qui, comme l'a si bien aperçu M. Duvergier, n'était pas autre chose qu'un bail (5), et qui cependant engendrait le droit réel (6)? Il faut donc reconnaître que l'art. 1709 a une élasticité et une souplesse qui ne ressemblent en rien à cette hauteur impérieuse qu'on veut lui attribuer.

M. Duvergier examine ensuite l'art. 1743; il reconnaît bien qu'*une espèce de réalité est en effet attribuée au droit du preneur lorsqu'il se trouve en contact avec l'acheteur de l'héritage loué* (7); mais il n'admet pas que cet article l'investisse de tous les caractères sans exception qui sont attachés au droit réel. Examinant cette disposition dans sa forme et dans la place qu'elle occupe, il la limite, comme M. Proudhon, à une espèce de droit de rétention attribué au preneur mis en possession de la chose; il fait de cet art. 1743 une dérogation toute spéciale à des règles aussi anciennes que le droit civil et maintenues dans l'ensemble des dispositions du Code. Ici, je m'arrête pour le moment; je ne veux pas anticiper sur le commentaire de l'article 1743; j'espère prouver de la manière la plus frappante, que cet article, combiné avec d'autres qui ont échappé à la sagacité de M. Duvergier et de ses devanciers, ne comporte pas le sens restreint par lequel on fausse son esprit (8).

15. Maintenant, faisons un pas de plus, et voyons si le droit du bailliste est mobilier ou immobilier. Je sais que je vais encore choquer des opinions respectables et accréditées depuis longtemps. Mais pourquoi hésiterais-je à soumettre au public éclairé mes dissentiments et mes doutes? Une idée consciencieuse a toujours droit à son attention et à son impartialité!

Or il me semble que le droit du fermier est, sous le Code civil, un droit immobilier. La raison en est simple. Le bail donne le *jus in re*; il s'imprime sur la chose et la suit malgré les sous-aliénations : donc il est immobilier comme la chose à laquelle il s'applique (9).

J'exposais tout à l'heure que le bail est un mode d'exploitation (10). En suivant cette idée, on pourrait dire que le bail ayant pour but de faire sortir de la chose son produit net, peut être comparé à un levier que l'industrie attacherait au sol pour l'exploiter; une machine est immeuble comme l'usine dont elle active le service (11). Pourquoi le droit du bailliste, qui applique à la chose sa force industrielle, serait-il d'une nature différente, puisque c'est au moyen du droit qui lui est concédé que la chose est mise en valeur, et qu'elle devient productive? Je sais que la comparaison que je fais n'est pas rigoureusement exacte. Elle est plus métaphorique que juridique. Aussi ne l'ai-je employée que pour donner une couleur plus pittoresque à ma pensée. Mais, pour en revenir à un langage plus scrupuleux, n'est-il pas certain que le droit du bailliste, restant incorporé à l'immeuble pour le suivre au milieu de tous ses déplacements, doit participer de sa nature et prendre place parmi les droits immobiliers (12)?

Les principes de l'ancienne jurisprudence (13) seront en vain conjurés contre moi. Je les repousse comme étant sans force, depuis que le Code a fait du droit du fermier quelque chose qui survit à l'aliénation de l'immeuble, et subsiste sans convention à l'égard des tiers. Qu'on ne dise donc pas, avec Pothier, que la créance du fermier ou du locataire n'a pas pour objet la métairie même et la maison même (14). Le droit de suite dont le bail est armé prouve évidemment que le fermier ou le locataire ont une action dont l'objet est de réclamer l'immeuble pour s'y implanter en la qualité qui leur appartient.

Qu'on n'ajoute pas, avec le même auteur, que l'action du fermier n'a pour objet que d'être mis à même de percevoir les fruits, lesquels, devenant meubles par la perception, le forcent de se contenter d'un droit mobilier, c'est-à-dire d'un droit qui tend à acquérir des meubles. Car je réponds que les fruits ne sont aujourd'hui que le produit d'un droit supérieur qui survit à chaque récolte, et qui, bien différent de celui que sanctionnait l'ancienne jurisprudence, enveloppe l'immeuble, lui adhère et le suit pendant toute la durée du bail (15).

Enfin qu'on cesse de se rendre l'écho de cette assertion de Pothier, que la créance du fermier n'a pour

que nous fournit l'ensemble de notre législation, je demanderai si, lorsque le législateur de 1816 autorisait les officiers ministériels à présenter leurs successeurs, il prévoyait tout ce qui depuis est sorti de cette disposition !!!

(1) Mon Comm. de la *Vente*, n° 4.

(2) *Supr.*, n° 12.

(3) Répert., v° *Vigne*, p. 580, col. 2. in-8°, p. 157.

(4) Loyseau, *Déguerp.*, liv. 1, ch. 5, n° 8.

(5) T. 1, n° 200.

(6) *Infr.*, n° 56.

(7) P. 254.

(8) *Infr.*, n° 493.

(9) *Infr.*, n° 500.

(10) N° 6.

(11) Art. 524.

(12) V. ce que dit Pothier du *jus in re* dans un héritage, *Communauté*, n° 68.

(13) Pothier, *id.*, n° 71, et sur Orléans, n° 53 de l'introd. générale.

(14) *Introd. générale* à la Cout. d'Orléans, n° 53, et *Traité des choses*.

(15) On peut repousser par le même moyen ce que disait Pothier du locataire d'une maison qui n'avait qu'une créance en dommages et intérêts.

objet qu'un fait. Aujourd'hui cette créance est plus large; elle donne au fermier ou au locataire le droit d'exiger la délivrance de la chose même, pour en jouir conformément à son titre; si la créance du bailliste n'était que d'un fait convenu, il ne pourrait l'exiger d'un tiers qui n'en aurait pas contracté l'obligation. Le droit de suite tendant à être mis en possession et à jouir de la chose, n'est-il pas la démonstration claire et palpable qu'il y a dans le droit du bailliste autre chose qu'une créance de faire?

16. M. Duranton nous arrête pour nous dire que l'art. 526 qui énumère les biens qui ont la qualité d'immeubles civils sans y comprendre le bail, s'oppose à notre système (1); mais, pour échapper à cette objection, je n'ai qu'à citer M. Duranton lui-même. « L'art. 526, dit-il quelque part, *n'est pas conçu dans* « *un sens restrictif*; autrement il faudrait dire, contre « tous les principes, que les droits d'usage et d'habi- « tation, dont il ne parle pas non plus, ne sont pas « des droits réels immobiliers (2). »

Et en effet, M. Duranton démontre très-bien que l'emphytéose qu'il plairait aujourd'hui à un particulier de constituer sur son héritage serait un droit réel immobilier, et cependant l'art. 526 ne dit rien de l'emphytéose!!

17. On pourra peut-être s'emparer d'un argument d'une autre nature emprunté à M. Proudhon. On a vu tout à l'heure que cet auteur, forcé de reconnaître que dans l'ancienne jurisprudence le bail à longues années était investi du droit réel, cherchait cependant à concilier ce caractère avec celui de droit mobilier, en disant que le droit de suite n'était, comme l'hypothèque, qu'une force accessoire donnée à la créance, mais qu'en elle-même la créance était mobilière, puisqu'elle aboutissait à un partage des fruits (3).

Je crois qu'il ne sera pas bien difficile de prouver que cet aspect de la question n'est qu'une trompeuse illusion. D'abord, M. Proudhon heurte de front les principes constamment enseignés par les anciens auteurs, qui s'accordent unanimement à reconnaître que le bail à longues années était tout à la fois réel et immobilier. Pothier en est la preuve. Aussitôt qu'il aperçoit dans un bail le cachet du droit réel, il en conclut que ce bail engendre un droit immobilier (4), et la raison en est simple; c'est que toutes les fois qu'on a un droit dans un héritage, ce droit suit la nature de l'héritage et est comme lui de la classe des biens immeubles (5).

Sous un autre rapport, l'effort de M. Proudhon pour séparer l'émolument du bail du droit réel, reste tout à fait impuissant, et sa comparaison avec une créance hypothécaire est fautive. L'hypothèque n'est que l'accessoire de la créance d'une somme d'argent; elle n'est qu'un secours éventuel pour obtenir forcément, s'il y a lieu, le payement d'une chose mobilière. La créance de cette somme mobilière ne vit pas par l'hypothèque; elle a une existence à part, tellement que si la chose hypothéquée vient à périr, la créance n'en subsiste pas moins. Mais la créance du bailliste est immobilière, principalement et par sa nature, puisqu'elle a pour but de lui procurer la détention de l'héritage, la jouissance physique de l'immeuble même; le bailliste est inséparable de l'immeuble; il y est attaché, si je puis parler ainsi, comme une machine l'est à une usine. Que l'immeuble vienne à périr, et son droit de jouissance est anéanti : tant il est vrai que ce droit est lié à l'héritage lui-même, et ne peut vivre que dans le cercle des intérêts immobiliers!

Ensuite prenez dans ses conséquences le système de M. Proudhon, et il ne vous sera pas difficile de prouver que l'usufruit, le droit d'usage, le droit d'emphytéose ne sont pas des droits réels. Mais qu'en penseront ceux qui veulent rester fidèles aux principes?

18. Je m'attends à ce qu'on me dise : Puisque, d'après vous, le bail crée un droit immobilier, suivez les conséquences de cette idée. Qu'en résultera-t-il? Qu'un tuteur ne pourra donner à bail les immeubles de son pupille; qu'un mari ne pourra pas affermer ceux de sa femme; qu'ils ne pourront consentir la résiliation de ces baux; que même le bail sera susceptible d'être hypothéqué comme l'usufruit. Or ces conséquences sont-elles admissibles? ne heurtent-elles pas les principes les plus élémentaires du Code civil?

Mais raisonnons, s'il est possible, et ne nous effrayons pas.

Le bail, quoique accordant au fermier un droit dans la chose, n'est cependant pas un vrai démembrement de la propriété, puisqu'il est destiné à en retirer le produit net. On n'aliène pas en passant bail de ses héritages; on les met au contraire en valeur; on administre en bon père de famille. Il suit de là que le tuteur et le mari peuvent en principe donner à bail les immeubles du pupille et de la femme, sans avoir besoin des autorisations nécessaires pour aliéner, c'est ce que les lois reconnaissent formellement (6); et je ne vois pas qu'en accordant ce pouvoir d'administration aux tuteurs et aux maris, elles se soient mises en contradiction avec nos idées. Car, il ne faut pas l'oublier! si le bail est une charge réelle et immobilière de l'immeuble, il n'est pas, comme les autres droits qui participent de cette double nature, une charge qui démembre et qui appauvrit : il est une charge qui féconde; il est un élément de production.

Mais comme on abuse des choses les plus utiles, et que les tuteurs et les maris pourraient concéder des baux excessifs par leur durée, ou grever l'avenir des pupilles ou de la femme par des engagements qui ôteraient à leurs héritages leur liberté, certaines restrictions ont été mises au droit des tuteurs et des maris. Nous nous en occuperons dans le commentaire de l'art. 1718. Mais, en thèse générale, ils peuvent passer des baux d'une durée ordinaire; cette règle se concilie avec nos idées, tout aussi bien que l'exception qui la limite. Dans un cas comme dans l'autre, notre théorie se présente homogène et rationnelle; tandis que celle de nos adversaires vient sans cesse échouer contre la disposition de l'art. 1764 dont il leur est impossible de donner une interprétation logique.

Et comme celui qui a eu qualité pour concéder bail d'un héritage a aussi mission pour en demander la résiliation, s'il y a lieu; il s'ensuit que le tuteur et le mari pourront introduire une action en justice pour faire résoudre le bail que le fermier ou le locataire n'exécuteraient pas. On n'opposera pas au tuteur l'article 464 du Code civil; car l'art. 1718, combiné avec les art. 1428, 1429, 1430, 450, le rendent inapplicable. On dissout une convention de la même

(1) T. 4, n° 73.
(2) *Id.*, n° 80.
(3) Il semble que ce soit aussi l'idée de M. Toullier, t. 6, n° 436.
(4) *Comm.*, n° 71.
(5) *Id.*, n° 68.
(6) Art. 1429, 1430 et 1718, C. C.

manière qu'on la contracte, lorsque la dissolution procède de la même source et de la même capacité que le contrat. Effacer un bail onéreux pour en passer un meilleur, c'est administrer en bon père de famille (1).

Maintenant craignez-vous que le bail, converti en droit réel immobilier, ne soit susceptible d'hypothèque, contre tous les principes admis jusqu'à ce jour? Je vous répondrai d'abord que tout immeuble civil n'est pas susceptible d'hypothèque; témoin les servitudes, les droits d'usage et les actions en revendication d'un immeuble. J'ajouterai que le bail n'est pas ce qu'on peut appeler un *bien* immobilier; car, en déduisant les frais de culture et le canon dû au maître, on ne voit pas trop quelle valeur intrinsèque il peut avoir. Quel est le but du bail? C'est de faire passer entre les mains du propriétaire le produit net de la chose. Quant au fermier, ce qu'il retire, c'est le salaire de son travail et l'indemnité de ses avances. Où est donc l'émolument appréciable du bail, déduction faite du loyer ou du fermage dû au maître et des impenses pour exploitation? En thèse générale, on ne l'aperçoit pas, surtout quand le propriétaire est de ceux qui s'appliquent à ne laisser au fermier que la moindre part possible en sus de son légitime bénéfice. En supposant même que le bas prix du bail laisse au fermier des avantages importants, comment les apprécier? Comment les dégager sûrement de la part du propriétaire et des frais de culture? Il est évident que l'émolument que le bail offrirait à celui qui le prendrait à hypothèque ne serait jamais certain (2), et que l'hypothèque manquerait d'une assiette fixe.

19. Tout ce qu'on vient de lire ayant été imprimé dans un journal de jurisprudence, *le Droit* (3), un estimable magistrat de la cour royale de Poitiers s'efforça de me réfuter dans une réponse à laquelle je dois répondre moi-même (4). M. Bellot des Minières (c'est de lui que je veux parler) efface d'abord d'un trait de plume toutes les distinctions que je me suis appliqué à faire ressortir entre le bail et les autres charges immobilières. Puis, tantôt il me fait des objections qui supposent que j'ai confondu ces variétés si dissemblables; tantôt il me reproche d'avoir cédé, en les signalant, à des principes qui détruisent les miens. Enfin il essaye de m'emprisonner dans quelques-unes des conséquences qui lui semblent découler de mes idées sur le caractère immobilier du bail; alors, si j'essaye d'en sortir, il m'accuse de manquer à mon système; si je consens à y rester, il m'accuse de vouloir tout bouleverser.

Voyons de plus près le mérite de ces reproches.

Je viens de dire pourquoi le bail n'est pas susceptible d'hypothèque. M. Bellot veut absolument que dans ma théorie il en soit autrement. *Car*, dit-il, *si le bail a un caractère immobilier, il est impossible de ne pas y voir un démembrement de la propriété pareil à l'usufruit et à l'emphytéose.*

Un démembrement de la propriété! Mais, mon Dieu! n'ai-je pas montré de la manière la plus palpable, dans tout ce qui a précédé, que le bail, qui est une force auxiliaire ajoutée à la chose, pour lui faire rendre ses produits, ne saurait être assimilé aux conventions qui amoindrissent le droit de propriété, qui en retranchent quelques parties utiles (5). Pourquoi M. Bellot ne réfutait-il pas, avant tout, cette partie de mon travail? Pourquoi surtout un esprit aussi judicieux que le sien veut-il me forcer de plier sous cette prétendue analogie de l'usufruit et du bail (devenu, d'après moi, droit immobilier), analogie dont j'ai été le premier à prouver la fausseté et l'inconséquence (6)? M. Bellot des Minières voudrait-il par hasard que, pour être *conséquent avec moi-même*, je fermasse les yeux à toutes les nuances importantes, à toutes les distinctions délicates qui forcent la logique à déposer ses allures absolues et à tempérer sa hauteur par d'heureux détours commandés par la vérité? Quelque envie que j'aie d'avoir l'approbation de ce magistrat, je ne puis, je l'avoue, me résigner à faire comme cet honnête mathématicien, qui, ayant entendu dire que la ligne droite est le plus court chemin d'un point à un autre, se prit un jour à marcher devant lui, sans dévier, dans les rues de Paris, au risque de se faire écraser par le premier obstacle venu.

Mais, dit mon antagoniste, c'est en vain que vous refusez de trouver dans le bail une assiette hypothécaire, sous prétexte que le preneur n'a pas le domaine utile, et que sa jouissance n'empêche pas celle du propriétaire qui tire le revenu de sa chose! Car l'usufruit, toujours susceptible d'hypothèque, peut se trouver dans les mêmes conditions, puisqu'il peut être constitué moyennant une rente viagère. Et dans le bail emphytéotique, qui est aussi susceptible d'hypothèque, le preneur paye une redevance au bailleur.

Oui, sans doute, le preneur à bail emphytéotique paye une redevance au bailleur; mais quelle redevance? Est-ce une redevance à titre d'indemnité de la jouissance concédée au preneur, et comme représentation du produit net dégagé par ses travaux? Pas le moins du monde. La modique redevance qui se paye dans l'emphytéose n'est établie qu'à titre de reconnaissance de la directe. *Pensio*, disent les docteurs, « *constituitur, non pro mercede, in quo differt à locatione, sed in recognitionem dominii.* » Comment donc M. Bellot des Minières veut-il que je ne fasse pas de différence entre l'emphytéose, qui, vu l'exiguïté du tribut, est une véritable aliénation, et le bail, qui, en constituant le moyen le plus efficace de tirer de la chose la plus grande somme de produit, ne contient aucun démembrement (7)?

Quant à l'usufruit, je sais qu'il peut être constitué moyennant une rente viagère; mais cet accident n'empêche pas que celui qui a concédé un usufruit ne soit entièrement dépouillé de l'émolument de la chose; il reste nu en quelque sorte, et c'est pour cela qu'on l'appelle nu-propriétaire (8). Je dis qu'il est dépouillé de tout l'émolument de la chose!! car il n'en reçoit rien. La totalité des fruits naturels et civils restent pour l'usufruitier, qui tient dans sa main le démembrement de la propriété auquel est attachée l'entière jouissance. Il est vrai que le nu-propriétaire reçoit en échange la rente annuelle; mais elle n'est pas un fruit civil de l'immeuble; elle n'est que le produit du capital constitué en rente viagère pour prix de l'usufruit. Mais peut-on dire que tout cela se retrouve dans le bail (9)? Le canon que paye le fermier, n'est-il pas, sous un certain point de vue, une part

(1) *Infr.*, n° 168.
(2) Mon Comm. des *Hypothèques*, n° 406.
(3) N° du 26 avril 1836.
(4) V. l'article du *Droit* du 20 mai 1836, de M. Bellot des Minières. *Revue des Revues de droit*, t. 2, p. 171-177.
(5) *Supr.*, n°s 4, 6, 7, etc. Voyez aussi plus bas, n° 24.
(6) *Supr.*, n°s 4 et suiv. *Junge infr.*, n° 24.
(7) *Infr.*, n° 34.
(8) *Infr.*, n° 24.
(9) N° 24, *infr.*, où je reviens sur toutes ces différences.

des fruits! tellement que, si les fruits viennent à manquer par force majeure, le bailliste est fondé à obtenir une réduction sur le canon (1)? Pourquoi donc M. Bellot des Minières exige-t-il que je ne tienne pas compte de ces différences capitales dans les applications que je fais de mon système?

C'est que, suivant ce jurisconsulte, j'aurais enseigné dans mon Commentaire des *Hypothèques* que le Code civil soumet à l'hypothèque les biens immobiliers, et que cette disposition est générale et *embrasse tout* (2); que dès lors je n'ai pas le droit de soustraire le bail à l'hypothèque dès l'instant que j'en fais un droit immobilier. Mais entendons-nous! quand j'ai dit que le Code civil embrasse tous les biens immobiliers, j'ai voulu parler (comme le prouve la suite du passage cité par M. Bellot) des biens qui ont une assiette fixe. Quant aux autres, j'ai enseigné que l'hypothèque ne peut les atteindre (3). Eh bien! si je prouve que le bail est sans assiette hypothécaire, qu'il n'offre pas de prise à la saisie, que peut donc me reprocher mon antagoniste? Devrai-je me considérer comme battu parce qu'il soutiendra que l'usufruit et l'emphytéose ayant une assiette fixe, de nature à servir de base à l'hypothèque, le bail en offre une aussi par contre-coup? Et les calculs auxquels je me suis livré sur les parts respectives du propriétaire et du bailliste, sur l'incertitude de l'émolument du fermier, déduction faite du canon et des frais de culture, tout cela était-il si frivole, que M. Bellot pût se dispenser d'y répondre?

M. Bellot m'arrête ensuite sur la partie de mon argumentation relative au droit des tuteurs et des maris, de passer bail des biens des mineurs et des femmes. Et là encore, il trouve que mes concessions ne s'accordent pas avec mon principe. C'est que M. Bellot en revient toujours à cette idée, que le bail serait une charge immobilière ordinaire, tandis que je me suis évertué à établir qu'il est *une charge qui féconde*, *un élément de production*. J'avoue que je n'ai pas d'autre réponse à lui faire sur ce point.

C'est aussi la seule que je lui soumettrai quand il niera que, dans mon système, le mari, le tuteur, puissent légalement demander la résiliation des baux qu'ils auraient consentis; dès l'instant qu'il est reconnu que le bail n'est qu'un acte d'*administration*, comment serait-il défendu aux *administrateurs* des biens des femmes et des pupilles de faire et défaire les baux dans l'intérêt de ceux qui sont placés sous leur protection? Est-ce qu'il y a quelque part de bonnes raisons pour prouver qu'un administrateur ne doit pas administrer? Est-ce que ce n'est pas *une règle générale* (ce mot est échappé à M. Bellot) que les contrats se dissolvent de la même manière qu'ils se forment? Et si la résiliation qui a pour objet d'enlever la chose à un mauvais fermier pour la livrer à un preneur laborieux et solvable, est un acte de bonne administration, est-ce que l'administrateur ne pourra pas agir dans ce but d'utilité, en vertu des art. 450 et 1428 du Code civil, source des art. 1718, 1429 et 1430!

A la vérité, M. Bellot des Minières a de la peine à comprendre comment il se fait que j'aie consenti à ranger dans la classe des actes d'administration la concession d'un droit immobilier sur la chose. Mais si ce droit immobilier est une addition faite à cette chose pour la mettre en valeur; si c'est l'emploi d'une force auxiliaire pour en faire sortir les produits et non pour l'appauvrir; si, encore un coup, c'est *un élément de production* (toutes circonstances que M. Bellot oublie à chaque instant), qu'y aurait-il de répréhensible dans ma classification?

Mais j'arrive à une dernière objection.

M. Bellot des Minières convient qu'aujourd'hui le bail crée au profit du bailliste un *droit réel*, en ce sens que ce dernier peut opposer son titre aux tiers détenteurs. Mais, ajoute-t-il, de ce qu'un acte a le caractère de réalité, il ne s'ensuit pas qu'il soit pour cela immobilier de sa nature. L'antichrèse donne aussi au créancier qui retient l'immeuble comme gage *le droit de suite*, ou du moins lui permet d'opposer son contrat aux tiers, et cependant son droit n'est pas immobilier. Il en est de même du commodataire. Pourquoi en serait-il autrement du bailliste, qui, comme l'antichrésiste et le commodataire, n'a de prise que sur les fruits et les récoltes?

Mais il n'y a aucune analogie entre les positions que M. Bellot des Minières veut comparer ici. L'antichrésiste n'a sur l'immeuble engagé ni droit de suite ni droit réel d'aucun genre (4). Le créancier n'acquiert par ce contrat que la faculté de percevoir les fruits de l'immeuble (art. 2085). Quant au fonds, quant à la chose même qui produit ces fruits, il n'a là-dessus aucun des attributs du *jus in re* (5). Tout aboutit pour lui à un simple droit de rétention (6), qui périt avec la possession de l'immeuble (7) et qui ne lui donne alors aucune action contre les tiers; car le droit de rétention ne saurait servir de base qu'à une pure exception à l'effet de conserver ce dont on est nanti (8). A l'égard du commodataire, la parité pèche davantage encore; car l'emprunteur est bien moins favorisé que l'antichrésiste, puisqu'il manque du droit de rétention (9), et il n'y aurait pas d'hérésie plus grande en jurisprudence que de soutenir que le commodat, simple office d'ami, engendre un droit réel de nature à être opposé aux tiers acquéreurs de l'immeuble prêté (10)!!

Ceci posé, quel argument y a-t-il à tirer de ces positions ainsi restreintes, contre celle du fermier, qui, comme nous le verrons sur l'art. 1743, a un droit de suite contre l'immeuble, alors même qu'il n'en a pas encore été saisi ou qu'il en a été dépossédé?

20. De toutes ces considérations nous pouvons conclure, avec la conviction que donne une opinion méditée, mais aussi avec la réserve que commande une idée nouvelle, que, d'après le Code civil, le bail engendre au profit du fermier un droit réel immobilier. L'opinion contraire, toute respectable qu'elle est par l'unanimité de ses défenseurs, pourrait bien, après tout, n'être qu'un débris de l'ancienne jurisprudence et un préjugé dont probablement la science finira tôt ou tard par se débarrasser.

Mais, je le répète, ce droit réel et immobilier ne doit pas être jugé du même point de vue que ceux dont les livres anciens et modernes nous donnent les classifications. S'il crée une charge, c'est une charge fécondante et non une charge qui appauvrit, comme toutes celles que comprenaient, jusqu'à ce jour, les

(1) Art. 1769, C. C.
(2) T. 2, n° 405.
(3) N° 406.
(4) Mon Comm. des *Hypothèques*, n° 778.
(5) *Loc. cit.*
(6) Zachariæ, t. 3, p. 177. Proudhon, *Usufruit*, t. 1, n° 85.
(7) Mon Comm. des *Hypothèq.*, n°s 256, 259 et suiv.
(8) *Loc. cit.*
(9) Art. 1885 C. c. Mon Comm. des *Hypothèques*, n° 258 *bis*.
(10) M. Proudhon, *Usufruit*, t. 1, n° 68.

catégories des droits réels. C'est ce caractère qu'il faut sans cesse avoir devant les yeux, pour ne pas s'égarer dans l'application de la théorie que j'ai soumise au jugement des personnes amies de la vérité. Par ce trait significatif, on comprendra des différences que s'obstinent à ne pas apercevoir les esprits ennemis des distinctions; on conciliera des diversités que l'irréflexion serait tentée de prendre pour des contradictions; enfin on arrivera à ces tempéraments judicieux qui sont la partie la plus délicate mais aussi la plus nécessaire de l'art de raisonner.

Quant aux conséquences qui découlent de cette théorie, nous les verrons se dérouler dans la suite de ce Commentaire. M. Bellot des Minières les avait cherchées dans le n° du *Droit* du 26 avril 1836. Il oubliait que je ne pouvais mettre un livre tout entier dans un article de journal.

21. Nous allons maintenant nous occuper à comparer le louage aux divers contrats avec lesquels il a de l'analogie. La recherche des points de similitude et de dissemblance qui existent entre les causes des obligations, est un besoin de l'analyse pour ceux qui recherchent la vérité dans toute son exactitude.

Le louage a d'intimes rapports avec le contrat de vente.

« *Locatio et conductio*, disait Gaïus, *proxima est* « *venditioni et emptioni, iisdemque regulis juris* « *consistit* (1). »

Il est du droit naturel et du droit des gens (2).

Il est consensuel, synallagmatique et commutatif.

Il exige, comme la vente (3), trois conditions fondamentales, *res*, *pretium* et *consensus*. Toute la différence entre ces deux contrats, c'est que la vente est un moyen d'aliénation et qu'elle déplace définitivement la propriété même; tandis que le bail ne fait que communiquer temporairement à un tiers la jouissance matérielle de la chose, dont le propriétaire conserve la jouissance juridique et l'émolument civil. Le bail n'aliène aucun des fragments utiles du domaine; car il utilise la chose; il lui associe un élément de production; il dégage son revenu net (4). Il est vrai qu'il enlève au propriétaire la jouissance matérielle de la chose; mais c'est pour la remplacer par la jouissance en fruits ou en argent, bien autrement importante pour le propriétaire. Tout ce qu'on pourrait dire, c'est que le louage des choses qui rapportent des fruits naturels ou industriels, contient une vente de ces fruits (5) ou de partie de ces fruits. Aussi les anciens Romains se servaient-ils des mots *emptio-venditio*, comme équivalents de *locatio-conductio* (6).

Et puisque le louage a pour but d'assurer au propriétaire le revenu de sa chose, il s'ensuit que le prix du bail, soit qu'il consiste en denrées, soit qu'il consiste en argent, se fractionne par sa nature en annuités; tandis que dans la vente, où le vendeur cherche à convertir sa chose en un capital en argent, le prix ne se divise pas en payements de sommes représentatives du revenu annuel, mais il se règle par un payement actuel ou à terme d'un capital égal à la valeur de la chose aliénée (7).

22. A part ces différences, l'affinité de la vente et du louage est si grande, que nous voyons les jurisconsultes romains s'arrêter souvent avec une sorte d'hésitation pour saisir la nuance qui sépare les deux contrats (8). Deux jurisconsultes plus modernes, Pothier et Caroccius, n'ont pu se mettre d'accord sur les moyens de les distinguer. Ils posent cette hypothèse : Je vous cède la jouissance de cet immeuble pour 9 ans, moyennant tel prix. Est-ce une vente? est-ce un contrat de louage? La question n'est pas indifférente; car dans la vente la chose est aux risques de l'acheteur; dans le louage elle est aux risques du locateur. Caroccius prétend que si la cession est faite pour le prix de plusieurs sommes d'argent, uniformes et payables par chaque année, c'est un contrat de louage, et que si elle est faite pour un prix unique, le contrat doit être réputé une vente.

Mais Pothier ne partage pas ce sentiment : lorsque la jouissance est accordée, dit-il, pour un temps qui n'excède pas 9 ans, le contrat est présumé être un contrat de louage, quand même le prix pour tout le temps de la jouissance consisterait dans une somme unique. Au contraire, si le temps de la jouissance excède 9 ans, le contrat doit être présumé un contrat de vente, si le prix consiste dans une somme unique, ou un bail à rente, s'il consiste dans une somme payable chaque année (9).

Mais, le dirai-je? Pothier me paraît avoir moins bien rencontré que son adversaire; je vais essayer de le démontrer.

Avant tout, cependant, disons qu'il faut s'attacher aux circonstances de la cause et à l'intention des parties; c'est le conseil que donnait Gaïus en pareil cas. *Idque ex accidentibus apparet* (10).

Ici, il y en a une qu'il ne faut pas négliger; nous la relevons pour prévenir de fâcheuses méprises. Supposons, par exemple, que moi, propriétaire d'un domaine que je cultive, je vende à Pierre par anticipation les fruits à naître (11) de cet héritage pendant deux ans, moyennant un prix en bloc ou tant par année; il est évident que ce sera là une vente et nullement un bail. Pour qu'il y ait bail, il faut que la chose soit livrée à un individu pour le mettre à même de percevoir par lui-même les fruits que son travail en a tirés. Le fermier des biens ruraux s'appelait chez les Romains *colonus*, du verbe *colere*, cultiver, parce qu'il était le cultivateur de la terre donnée à bail, parce qu'il payait pour la faire valoir. *Nummis colit*, disait le jurisconsulte Paul (12). Mais si celui qui achète les fruits à naître d'une chose n'a pas en vue d'en préparer la venue par ses propres travaux, il n'est qu'un simple acheteur; il n'est pas possible de parler de contrat de louage.

Ceci posé, arrivons plus directement à l'hypothèse de Caroccius et de Pothier, et n'oublions pas que la difficulté consiste à trouver le véritable caractère du contrat, lorsque les parties n'ont pas assez clairement manifesté leur intention, ou qu'elles se sont servies d'expressions inexactes, infidèles, comme cela arrive trop souvent. Pothier soutient qu'il faut prendre pour principe de la solution qu'il recherche, la durée de

(1) L. 2, D. *Loc. conduct.*

(2) Paul, l. 1, D. *Loc. conduct.* Locatio et conductio cùm naturalis sit et omnium gentium, non verbis, sed consensu contrahitur; sicut emptio et venditio.

(3) Gaïus, l. 2, D. *Loc. conduct.*

(4) Argum. de l'art. 1155 C. C.

(5) Pothier, n° 4. Observ. de la Cour d'Agen. Fenet, t. 3, p. 24.

(6) Cujas, l. 19 et 20, *De act. empt.* Cujas sur cette loi cite Festus : *Venditiones olim dicebantur censorum* LOCATIONES, *quòd velut fructus publicorum locorum venibant.*

(7) V. la confirmation de ceci au numéro suivant.

(8) Gaïus, l. 2, § 1, D. *De cont. empt.*, et *Inst.*, lib. 3, nos 145, 146 et 147. Javolenus, l. 65, D. *De cont. empt.*

(9) *Louage*, n° 4.

(10) *Inst.*, lib. 3, n° 146.

(11) Sur ces sortes de ventes, voy. mon Comm. de la *Vente*, n° 204.

(12) L. 26, § 1, D. *De furtis.*

l'aliénation des fruits. Mais c'est un faux point de départ; faux sous l'ancien droit, plus faux encore sous le Code civil.

Le bail, comme je l'ai dit plusieurs fois, a pour but de mettre l'immeuble en rapport et de procurer au propriétaire son revenu net. Qu'est-ce que le loyer d'une maison, le prix d'un bail à ferme? C'est un fruit civil, d'après ce que nous enseigne l'art. 584 du Code civil, et cette définition montre la justesse des idées que nous avons attachées au contrat de bail. Or les fruits d'une chose ne se forment pas en bloc et d'un même coup; ils ont quelque chose de successif et de périodique. Aussi l'art. 2277 du Code civil fait-il prescrire par 5 ans les loyers des maisons et le prix de ferme des biens ruraux. Pourquoi? parce qu'il est dans leur nature d'être payables par année ou à des termes périodiques plus courts. Et en ceci, la loi est parfaitement juste et rationnelle; car les fruits civils sont l'imitation des fruits naturels. Or ceux-ci sont soumis à la loi d'une croissance progressive et périodique. Donc les fruits civils qui les remplacent doivent présenter le même caractère.

C'est ce que n'a pas aperçu suffisamment Pothier, et il me semble qu'il heurte de front la vérité quand il soutient qu'il y a présomption de bail dans la cession d'une jouissance moyennant un prix unique. Je ne connais pas de bail à ferme ou à location sans fermages ou sans loyer; or, n'est-ce pas faire mentir la langue que d'appeler fermage, loyer, canon, ce qui ne se paye pas annuellement ou à des termes périodiques plus courts?

Je crois donc que la division du prix d'un bail en annuités ou payements périodiques est de la nature de ce contrat, et que toute cession de jouissance faite pour un prix unique (à moins d'une volonté bien expresse), est tout autre chose qu'un bail. Caroccius me paraît avoir très-bien aperçu ce point de vue, dont il est étonnant que Pothier n'ait pas mieux profité (1).

Au surplus, les feudistes, ces investigateurs scrupuleux des nuances des contrats, ne s'y étaient pas mépris. D'Argentré (2), dit en termes positifs : « Cùm *proprium sit locationis* pensiones anniversarias, « vertentibus annis, solvi; » et Bartholus, *In leg.* 1. D. *De superf.* : « Locationem in hoc ab emptione fructuum differre putat, quod in venditione *pretium* « *semel et unâ de pensione solvitur, in locationibus* « *annis* vertentibus. »

Et Fonmaur : « A l'égard de la vente des fruits, « c'est *l'unité du prix* pour toute sa durée qui la distingue du louage. Si *donc le prix* EST ANNUEL, *c'est* « UN VRAI LOUAGE, au lieu que le bail de plusieurs « années pour une somme unique, *n'est pas un* « *louage*, mais une vente de fruits (3). »

Le contraire a cependant été jugé par arrêt de la cour de Montpellier, dans une espèce où l'on avait cédé pour une somme une fois payée l'écorce des arbres-liége à recueillir pendant un certain temps dans une certaine étendue de terrain; et ce qu'il y a de plus fort, c'est que les parties avaient appelé leur contrat *une vente!!!* On ne peut expliquer la qualification de bail que la cour lui donne, que par cette circonstance; savoir, que la convention était le renouvellement d'une autre qui avait précédé et à laquelle les parties avaient donné le nom de bail (4).

Concluons donc que la division du prix en annuités est une circonstance caractéristique du bail, de même que la fixation d'un prix unique, quoique avec divers termes de payement, est un indice grave d'une vente de fruits. Je sais que MM. Championnière et Rigaud ont adopté, sans le discuter, l'avis de Pothier (5); mais j'aurais mieux aimé les voir suivre dans cette circonstance les idées des feudistes, à qui ils sont redevables de tant d'aperçus ingénieux et féconds.

Il est encore un cas qui a souvent occupé les tribunaux, et qui a donné lieu à de nombreuses controverses. C'est celui de la vente de coupes de bois taillis à opérer successivement d'années en années. Fréquemment les parties se sont appliquées à donner les couleurs d'un bail à ces sortes d'aliénations, parce que le droit d'enregistrement est moindre au cas de bail, que s'il y avait vente.

Sans aucun doute, les bois peuvent être affermés comme tous les autres immeubles, surtout lorsqu'ils sont en coupes réglées. Mais pour que le contrat puisse être qualifié bail, il faut qu'on puisse trouver en lui les circonstances inhérentes à ce genre de convention, plutôt que les caractères qui appartiennent à la vente. Les indications que nous venons de donner serviront de règle.

Le duc de Bourbon avait donné *à bail* à Simon, pour 3 ans, trois lots de bois à couper successivement, moyennant *un prix unique* de 150,967 fr., payables par tiers en 3 années. Il avait stipulé, de plus, que Simon ne pourrait prétendre à aucune indemnité pour les vides et places vagues qui se trouveraient dans l'étendue des coupes. Malgré la qualification donnée au contrat par les parties, la cour de cassation refusa de voir un bail dans une telle convention, et elle rejeta le pourvoi formé contre le jugement du tribunal de Chateaubriant, qui, interprétant les clauses de l'acte, l'avait qualifié vente (6). C'était, en effet, une vente véritable, une vente qui se manifestait, 1° par l'unité du prix, 2° par la stipulation que Simon ne pouvait prétendre à aucune indemnité pour places vagues; car s'il eût été fermier, il eût pu utiliser les places, soit pour le pacage, soit pour la culture.

Lorsque de pareilles questions se présenteront, on pèsera les circonstances. Si le prix est unique, si le prétendu bailleur se réserve toute l'administration de la forêt et ne concède à celui avec qui il traite aucun droit de s'immiscer dans cette administration; si le premier retient pour lui les droits de dépaissance dans les coupes, et interdit au second d'en profiter, dans tous ces cas, on sera enclin à enlever à l'acte la fausse qualification de bail que les parties lui auront donnée, et l'on fera prévaloir le caractère de vente de taillis, dissimulée avec affectation pour échapper à un droit d'enregistrement.

23. Le jurisconsulte Gaïus donnait un autre exemple de la difficulté de discerner la vente de l'échange. Vous me livrez des chevaux pour tourner une meule pendant un an, et il est convenu que je vous payerai tant par cheval qui survivra à ce travail pénible, tant par cheval qui mourra à la peine. D'après la réponse de Gaïus, il faut faire une distinction. Il y aura simple louage en ce qui concerne les chevaux qui resteront

(1) *Junge* M. Duranton, *du Louage*, n° 17, et M. Duvergier, t. 1, n° 33. *Infr.*, n° 139.

(2) Sur Bretagne, art. 52, note 2, n° 5.

(3) *Lods et ventes*, ch. 18, n° 518. Il faut voir aussi le n° 529. *Junge* Sebast. Medicis, *De casibus fortuitis*, part. 2, quæst. 10, n° 45.

(4) La Cour de cassation pensa, du reste avec raison, que l'interprétation de cette clause échappait à son examen; 7 décembre 1819. Sirey, 20, 1, 163. Palais, 57, p. 449.

(5) T. 4, n° 3047.

(6) 3 décembre 1822. Champ. et Rigaud, t. 4, n° 3038.

sains et saufs. Il y aura vente à l'égard de ceux qui succomberont (1). Cette décision est pleine de finesse et de raison.

24. Le bail a bien des rapports et bien des différences avec l'usufruit (2).

L'usufruit engendre le droit réel ; le bail le produit également dans les nouveaux principes que j'ai exposés ailleurs (3), mais que repousse l'opinion commune admise jusqu'à ce jour.

L'usufruit donne à l'usufruitier le droit de jouir de la chose (art. 578, C. C.). Le bail attribue aussi au fermier et au locataire un droit de jouir (art. 1708 et 1709). Voilà de graves analogies; mais les différences sont encore plus tranchées.

L'usufruit démembre la propriété; il lui enlève son émolument; il la dépouille de son élément de production. C'est pourquoi dans le langage énergique des lois on appelle nu-propriétaire celui qui est privé de l'usufruit de sa chose. Le bail, au contraire, ne démembre pas la propriété; il ne s'attache à elle que pour la rendre productive et faire arriver dans les mains du propriétaire le produit net de la chose. Aussi le bon sens général se garde-t-il bien de fausser la dénomination de nu-propriétaire en l'appliquant à celui qui a affermé ses immeubles.

De là des différences nombreuses dans les effets de l'usufruit et du bail.

L'usufruit forme une propriété civile, rivale de la nue propriété, qu'elle réduit à l'inertie. Il est une conquête sur le domaine de la chose, désormais privée de son plus bel attribut. Dans sa sphère, l'usufruitier a une existence à part du propriétaire du fonds; il jouit, à son exclusion; il possède comme maître, et *nomine proprio* (4); aussi l'usufruit peut-il s'acquérir par la prescription (5) et être constitué à titre gratuit, par testament ou donation.

Il n'en est pas de même du bailliste. Comme le bail ne démembre pas la propriété, comme il n'est au contraire que l'accession d'une force étrangère pour exploiter la chose dans l'intérêt du maître, il ne crée pas pour le fermier ou pour le locataire une sphère à part, dans laquelle l'intérêt du propriétaire et l'intérêt du fermier soient séparés et divisés. Le fermier travaille pour le maître; il possède pour lui; tous les ans ou à chaque terme périodique, il faut qu'il vienne verser dans ses mains le produit de la chose : d'où il suit, 1° que le droit du fermier ne peut pas être possédé *animo domini* et s'acquérir par la prescription. Car il est constamment mélangé de précarité et privé d'indépendance; 2° qu'il ne peut être concédé à titre gratuit, et que de toute nécessité il doit prendre sa source dans la convention des parties. Car que serait-ce qu'un bail sans prix ou sans canon périodique? ferait-il parvenir au propriétaire son revenu net? remplirait-il le but essentiel du contrat de bail, qui est de tirer de l'immeuble son produit? et s'il ne peut y avoir un bail sans prix, comment ce prix pourrait-il être fixe, sinon par une convention positive?

Avançons encore, et nous verrons les différences se multiplier.

Le bailleur est obligé de livrer la chose en bon état de réparations de toute espèce (art. 1720); car le bail étant fait pour tirer de l'immeuble le produit net le plus élevé, le fermier, qui est l'agent de l'exploitation, ne peut obtenir ce résultat qu'autant que la chose n'est pas détériorée. Quant au locataire, comme il ne paye son loyer si cher que pour être logé convenablement, il faut que le locateur lui fournisse un édifice qui remplisse cette destination. Dans l'usufruit il en est tout autrement, et l'usufruitier doit prendre la chose dans l'état où elle se trouve (art. 600). Quelle en est la raison? C'est que, l'usufruit étant un démembrement pris sur la chose et au préjudice du plein domaine de propriété, il s'élève un mur de séparation entre le nu-propriétaire et l'usufruitier, désormais rivaux et retranchés dans des sphères différentes.

Dans le louage, le bailleur doit garantie (article 1719); tandis qu'elle n'est qu'accidentelle dans l'usufruit.

L'usufruitier peut renoncer à son droit (art. 622); car l'usufruit est pour lui un démembrement du domaine qui le constitue propriétaire indépendant, et tout propriétaire peut renoncer à un droit acquis. Au contraire, le preneur ne peut renoncer à son bail sans le consentement du propriétaire; car il n'est pas maître dans sa sphère; il y est, en grande partie, l'agent du propriétaire; il doit conduire jusqu'au bout l'exécution de son mandat!!

Dans le bail à ferme, le preneur a droit à une indemnité pour non-jouissance occasionnée par cas fortuit ou force majeure (art. 1769 et 1773); dans l'usufruit la perte est pour l'usufruitier. C'est que l'usufruit sépare l'usufruitier du nu-propriétaire, tandis que le bail lie intimement le sort du maître et du fermier.

Le bail n'est pas résolu par la mort du fermier (1742); fondé sur une convention réciproque, il faut que cette convention s'accomplisse dans l'intérêt commun. Mais l'usufruit s'éteint toujours par la mort de celui au profit de qui il est établi. Car s'il durait plus longtemps, il rendrait la propriété stérile, et comme il est une servitude personnelle, et qu'il n'est censé établi qu'en considération de la personne, il ne doit pas lui survivre.

Le bail fait sans terme ne dure que le temps nécessaire pour que le preneur puisse recueillir les fruits (1774). C'est la conséquence de son objet spécial qui est de mettre la chose en valeur. Une fois la récolte effectuée, il cesse quand aucune convention n'indique que les parties ont entendu qu'il durât plus longtemps.

Au contraire, l'usufruit établi sans terme s'éteint à la mort de l'usufruitier. Quelle en est la raison? c'est que les démembrements de la chose ont en général et par leur nature une durée perpétuelle, et que si celui-ci n'est que viager, c'est par le motif particulier qu'il n'est que personnel et par conséquent non transmissible par succession.

Enfin les actions pour l'exécution du bail et pour l'exécution de l'usufruit ne sont pas toutes gouvernées par les mêmes principes de compétence (6), car les premières sont en général moins importantes que les secondes, et des prétentions qui n'ébrèchent pas le droit de propriété, n'exigent pas pour être décidées autant de garantie que celles qui reposent sur un démembrement de la propriété.

Telles sont à peu près les différences que suggèrent

(1) *Inst.*, lib. 3, c. 146.

(2) V. M. Proudhon, *Usufruit*, n°s 98 et suiv. M. Toullier, t. 3, n°s 387 et suiv. M. Duranton, n°s 72 et suiv.—On s'apercevra aisément que j'ai profité des idées de ces auteurs, tout en les modifiant sous des rapports assez graves. *Junge* M. Duvergier, n° 28.

(3) *Supr.*, n°s 5 et suiv.

(4) *Supr.*, n° 4.

(5) Mon Comm. de la *Prescript.*, n° 855.

(6) Code de proc., art. 3, §§ 3 et 4. M. Proudhon, *Usufruit*, n° 100.

les lois comparées de l'usufruit et du bail; elles sont nombreuses; mais cependant elles viennent toutes se rattacher à cette cause fondamentale, savoir, que l'usufruit démembre le domaine, et que le bail l'utilise!!

25. Nous venons de prendre le bail et l'usufruit dans leur état normal et habituel, pour dessiner avec exactitude leurs caractères divers. Mais il arrive souvent qu'ils essayent de se rapprocher en s'empruntant réciproquement quelques-uns de leurs caractères ou de leurs attributs. Examinons ces positions anomales.

Le bail, qui dans l'état habituel ordinaire est de 3, 6, 9 ans (1), peut cependant être passé pour un temps plus long, et même à vie. Le voilà donc viager comme l'usufruit; mais de là s'ensuit-il qu'il faudra le confondre avec l'usufruit?

Cette question était résolue pour l'affirmative par les anciens auteurs.

Sentant qu'un bail au-dessus de 9 ans avait quelque chose de plus grave qu'un bail ordinaire, ils avaient été amenés à le considérer comme créant un droit réel immobilier (2); c'est ce qu'enseignent Despeisses (3), Pothier (4) et presque tous les autres auteurs (5); on allait même jusqu'à soumettre le bail à ferme au-dessus de 9 ans aux lods et ventes, afin de prévenir les fraudes qui auraient pu être faites aux droits seigneuriaux en masquant sous le voile de baux ou d'engagements, de véritables ventes de l'immeuble (6). Plusieurs coutumes en avaient des dispositions expresses (7).

Puis, le droit réel immobilier étant ainsi imprimé par le bail de plus de 9 ans, les auteurs se trouvaient entraînés à oublier tout à fait le caractère du louage, lorsque le droit du bailliste était stipulé à vie. Ce droit était réel, puisque le bail dépassait 9 ans; il était viager! L'usufruit aussi est un droit réel et un droit viager; de là une propension naturelle à ne voir aucune différence entre le bail à vie et l'usufruit. Cette opinion était devenue d'autant plus générale, qu'elle offrait un moyen de soustraire ces sortes de contrats aux lods et ventes, qu'ils auraient été obligés de payer s'ils eussent été maintenus dans la classe des baux au-dessus de 9 ans (8): « Le bail à vie, disait Fonmaur (9), « fait la matière d'un grand problème. Considéré « comme simple bail à vie, cet acte est, par sa nature, « exempt des lods, puisqu'en dernière analyse *il se « réduit à une constitution d'usufruit dont nous ve« nons de prouver l'exemption.*

« Considéré comme bail au-dessus de 9 ans, il est « *dans le cas de les payer...*

« Mais il se résout en une vente de constitution d'u« sufruit, puisque l'effet en est exactement le même.

« Aussi les baux à vie sont exempts de lods (10). »

On peut donc dire que cette assimilation du bail à vie à l'usufruit avait pour elle l'assentiment à peu près universel; elle a été retracée et fortifiée par M. Merlin (11).

Il est vrai que Pothier croyait qu'il y avait des cas où le bail à vie n'équivalait pas à un usufruit; par exemple, quand les parties avaient *expressément* réglé par l'acte même qu'elles n'entendaient faire qu'un bail et nullement constituer un usufruit; mais, en thèse générale et à part toute stipulation explicative, Pothier pensait que, de droit, le bail à vie tenait plus de la nature des baux à rente que des simples baux à loyer ou à ferme, et qu'ils renfermaient une constitution d'usufruit (12). Les auteurs du Nouveau Denizart sont les seuls qui aient soutenu que, théoriquement et de droit, le bail à vie différait de l'usufruit ou de la vente à vie, quant à sa nature (13).

S'il fallait entrer dans cette question avec les idées de l'ancienne jurisprudence, je n'hésiterais pas à condamner le sentiment du Nouveau Denizart. Dans une science, les mots doivent se prendre dans le sens qui leur est généralement attribué, et ce serait exposer les parties à des mécomptes, que de chercher à les plier sous une acception plus conforme à l'étymologie, mais contraire à l'usage. Quand tout le monde (auteurs et arrêts) s'accorde à ne voir aucune différence entre les mots *bail à vie* et *vente à vie* ou *usufruit*, les parties qui ont employé ces locutions équipollentes, sont présumées les avoir prises dans leur signification commune et usuelle. Arrière donc les puristes qui s'emparent de la grammaire pour prouver que le mot *bail* n'est pas synonyme de *vente*, et que les contractants ont entendu faire un vrai bail et non une vente!! La langue du droit subit des métamorphoses comme la langue de la littérature et la langue des salons; quand une locution a un sens convenu, on n'est pas recevable à venir s'élever contre elle; eût-on cent fois raison grammaticalement parlant, on aurait cent fois tort auprès des juges du droit. Or, l'opinion des auteurs du Nouveau Denizart avait ce grand défaut, de vouloir entendre autrement que tout le monde une phrase dont l'acception avait reçu de l'usage une signification fixe et précise, quoique peu exacte peut-être. On ne parle et l'on n'écrit que pour s'entendre. Quand on se comprend, il est puéril ou sophistique de discuter.

Ce reproche que j'adresse à la doctrine du Nouveau Denizart me paraît avoir été récemment mérité par M. Duvergier (14), en tant que cet auteur s'applique à combattre M. Merlin sous le point de vue de l'ancien droit. J'ajoute que M. Duvergier essaye en vain de

(1) *Infr.*, n° 49. *Supr.*, n° 41 mais voyez n° 78.

(2) Sur le fondement de la loi 1, § 3, D. *De superficiebus*.

(3) *Louage*, p. 70, *nono*. Il cite Accurse, Bartole, Guy-Pape, Gomès, Covarruvias, etc., et un arrêt du parlement de Dijon, du 10 novembre 1565.

(4) *Louage*, n° 27.

(5) Fonmaur, ch. 18, n° 530. Bacquet, *Droits de justice*, n° 21. Loyseau, *Déguerp.*, l. 1, ch. 5, n° 8. Cependant Legrand contestait la justesse de cette doctrine, t. 4, art. 52, n° 29. Le président Favre l'attaquait avec force dans son livre *De erroribus pragmat.*, Decad. 100, error 5. Il démontrait que les textes invoqués ne donnaient au conducteur ni le *jus in re*, ni l'action *utilis in rem;* mais il convenait que, s'il tenait du contrat le droit de ne pouvoir être expulsé moyennant qu'il payerait son canon exactement, cette circonstance lui donnait le *jus in re*, alors même que le bail n'eût pas été à longues années; *inf.*, n° 478.

(6) Loisel, liv. 4, t. 2, règle 14. Fonmaur, n° 530. Du Rousseau de Lacombe, v° *Lods*, p. 397. Despeisses, *Droits seigneuriaux*, sect. 5, p. 7, n° 25.

(7) Vermandois, 191. Reims, 90. Châlons, 192. Vitry, 33, allait même jusqu'à y soumettre toujours, par crainte des fraudes, le bail au delà de 3 ans.

(8) En effet, *par le droit commun*, les ventes au-dessus de dix ans étaient sujettes aux lods; mais la vente à vie ne l'était pas. En effet, Loisel disait : « Pour vente de fruits faite à plus de dix ans, est dû lods et ventes, et non pour vente à vie. »

(9) N° 170. *Junge* Brillon, v° *Bail à vie*.

(10) Puis il reproche à Dumoulin de s'être contredit sur cette question sur Paris, § 33, glose 1, n° 117; § 78, glose 1, n°s 183, 184.

(11) Répert., v° *Usufruit*, § 1, n° 3.

(12) *Louage*, loc. cit.

(13) V° *Bail à vie*, n° 7.

(14) *Louage*, t. 1, n° 29.

briser le concert d'opinions qui sert de base à M. Merlin et de lui enlever le concours des feudistes, tels que Fonmaur et autres. C'est à tort, en effet, que M. Duvergier pense que ces jurisconsultes *n'ont pas traité la question*, et que, n'ayant à résoudre que le point de savoir si le bail à vie était exempt des lods et ventes comme l'usufruit, il leur suffisait de décider que ce contrat n'était pas équipollent à vente, pour en conclure qu'il devait jouir de la même immunité que l'usufruit, sans toutefois vouloir qu'il fût plutôt un usufruit qu'un vrai bail. Mais on a vu tout à l'heure que c'est précisément tout autre chose que fait Fonmaur. Si le bail à vie eût été un simple bail, il eût été grevé des lods et ventes, et l'auteur ne parvient à l'en exempter qu'en lui imprimant le caractère de l'usufruit.

Mais sous le Code civil un bail à vie devrait-il être jugé du même point de vue? Je ne le crois pas, et voici pourquoi.

Les baux à vie sont presque ignorés, ou du moins fort peu pratiqués dans nos mœurs actuelles; je ne sais si depuis la promulgation du Code civil, on pourrait en citer de nombreux exemples. Il suit de là que la désuétude de la chose a fait tomber en oubli le sens des mots qui l'exprimaient dans l'ancien droit. On ne peut donc plus argumenter de l'usage et des idées reçues; l'on se trouve forcément ramené à donner aux mots leur sens naturel.

Si donc il arrivait, par extraordinaire, que sous le Code civil un propriétaire fît un bail à vie avec son fermier, je pense qu'il n'y aurait aucune différence que celle de la durée entre ce contrat et un bail de 3, 6, 9. Je ne pourrais consentir, sous aucun prétexte, à y voir une constitution d'usufruit. Car s'il avait été dans l'intention des parties de créer un usufruit, pourquoi ne se seraient-elles pas servies du mot *usufruit*, si familier à toutes les personnes légistes ou non légistes? Pourquoi auraient-elles exhumé cette vieille locution bannie de la langue depuis longtemps et que presque personne ne comprend? N'est-il pas plus naturel de supposer qu'elles n'ont voulu faire qu'un bail plus long que de coutume (1)?

C'est, du reste, ce qui a été jugé par arrêt de la Cour de cassation du 18 janvier 1825 dans l'espèce d'un bail à vie passé le 2 août 1814. On lit dans cet arrêt ce considérant fort juste et fort remarquable :

« Attendu qu'en droit la jouissance par bail à vie « et l'usufruit diffèrent essentiellement dans leur « nature et leurs effets, notamment en ce que dans « le bail à vie *le bailleur conserve la jouissance des « fruits civils de l'objet donné à bail*, dont *le premier « ne perçoit que les fruits naturels*, tandis que l'usu- « fruitier jouit des fruits naturels et civils de l'objet « grevé d'usufruit, dont le propriétaire ne conserve « que la nue propriété (2). »

26. Si cependant il était dit dans le contrat que le preneur sera tenu de supporter toutes les charges foncières, c'est-à-dire qu'il fera les grosses réparations, qu'il acquittera les autres charges qui dépassent les obligations du fermier, etc., je pense qu'alors la qualification de bail à vie donnée au contrat serait inexacte, et que la convention, renfermant les caractères principaux de l'usufruit, devrait être appelée usufruit et non pas seulement bail à ferme. Le premier, étant soumis aux devoirs de l'usufruitier, doit par corrélation en avoir les droits (3).

Remarquez bien toutefois que, pour corriger la dénomination donnée au contrat, et pour faire passer la convention de la classe des baux dans la classe des contrats usufructuaires, il ne suffirait pas que l'usufruitier se fût soumis à la seule charge des grosses réparations, comme l'observe très-justement M. Proudhon (4); un bail ne change pas de nature, quoique les grosses réparations soient mises à la charge du preneur. On ne doit enlever à un contrat le nom que les parties lui ont assigné, qu'autant que, dans toutes les conditions et les détails d'exécution de ce contrat, on rencontre des règles appartenant à un contrat d'une autre espèce. Une anomalie ne peut à elle seule opérer une métamorphose dans la nature de la stipulation.

27. Du reste, le bail à vie peut être consenti, non-seulement pour la vie du preneur, mais encore pour celle de plusieurs personnes successivement, pourvu qu'il n'y en ait pas plus de trois (5).

Si un bail à vie était stipulé pour plus de trois têtes, il donnerait lieu au rachat (6); il toucherait en effet à ces redevances perpétuelles, à ces charges d'une durée excessive dont les lois modernes ont voulu dégager la propriété foncière.

28. Nous avons vu le bail tendre, pour ainsi dire, la main à l'usufruit pour lui emprunter quelques-uns de ses traits distinctifs; voyons maintenant l'usufruit cherchant à se revêtir des couleurs du bail.

Un usufruit peut être constitué pour un certain temps. Rien n'empêche non plus qu'il ne soit vendu moyennant une rente annuelle (7). Supposons donc que je convienne avec François que je lui vends pour 9 ans l'usufruit de ma terre de Mettonville, moyennant une rente annuelle de 4,000 fr. payable à la Saint-Martin de chaque année. Que dirиez-vous d'un tel contrat? sera-ce un usufruit? sera-ce un bail?

A mon avis, il tiendra de la nature de l'un et de l'autre; c'est une convention mixte; c'est un bail à qui on a donné la qualification d'usufruit pour imposer au fermier des charges plus lourdes que celles qui résultent d'un simple bail.

Je dis que c'est un bail, parce que la propriété n'est pas démembrée, parce que la redevance annuelle que le preneur vient périodiquement placer dans la main du maître représente son revenu; parce que cette perception du revenu de la chose est un signe caractéristique du bail et nullement celui de l'usufruit (8). Je dis en outre que c'est un bail, parce que le temps de la jouissance du preneur est celui de la durée ordinaire des baux; et cette circonstance est loin d'être indifférente pour révéler le but que les parties ont voulu atteindre.

Ainsi, le bail triomphera de l'appellation donnée au contrat par les parties, parce que la force des choses le veut invinciblement, parce qu'un véritable usufruit, dans l'idée qui s'attache à ce mot, démembre la propriété et n'est pas un moyen pratiqué pour la rendre productive. Il suit de là que le preneur devra

(1) Cette opinion pourra peut-être concilier M. Proudhon (t. 1, n° 103) avec M. Merlin (Répert., *Usufruit*, § 1, n° 3). C'est aussi celle de M. Duvergier, *loc. cit.* Au surplus, le droit d'enregistrement est le même sur le bail à vie et sur l'usufruit, quoiqu'il se calcule différemment. (Loi du 22 frimaire an VII, art. 15, n°s 3, 6, et 69, § 7, n°s 1 et 2.)

(2) Dall., 25, 1, 69.

(3) M. Proudhon, *Usufruit*, t. 1, n° 107.

(4) *Idem.*, *ibid.*

(5) Loi des 18-29 déc. 1790. M. Duvergier, t. 1, n° 202. M. Championnière, t. 4, n° 3077.

(6) M. Champ., *loc. cit.*

(7) *Supr.*, n° 19, un exemple pris de la rente viagère.

(8) *Supr.*, n°s 21 et 22.

conserver l'exploitation de la chose jusqu'à la fin du bail, et qu'il ne lui sera pas permis de l'abdiquer; car c'est une règle du bail; elle doit trouver ici son application.

Néanmoins, je m'empresse d'ajouter que la qualification d'usufruit ne sera pas oiseuse dans ce contrat. Elle produira son effet, en ce sens que le preneur sera tenu des charges naturellement inhérentes à l'usufruit (605 et 608), le mot *usufruit* n'ayant été placé dans le contrat que pour s'épargner le détail de ces charges; il y aura aussi usufruit en ce sens que le preneur sera tenu de prendre la chose dans l'état où elle se trouve, et le mot d'*usufruit* n'aura été inséré que pour rendre l'idée exprimée dans l'art. 600 du Code civil.

Mais si l'usufruit eût été constitué moyennant une rente viagère, il ne serait pas possible d'y voir le mélange des éléments du louage : une telle stipulation est en effet bien différente de celle que nous venons d'examiner. Ici, le temps de la durée ne serait pas celui des baux ordinaires; ce serait celui de l'usufruit; la rente viagère ne serait pas un fruit civil de l'immeuble; elle serait le produit du prix de vente de l'usufruit. Il est vrai que la rente viagère est payable par années comme les canons du bail. Mais cette circonstance, qui est de l'essence de la rente viagère, ne saurait faire confondre l'usufruit et le bail, et enlever au prix son caractère de prix de vente (1).

29. Au reste, ces questions, qui se présentent rarement dans la pratique, dépendent beaucoup des circonstances; il faudra se souvenir de la règle de Gaïus, *idque ex accidentibus apparet* (2); c'est presque la seule qu'on puisse donner *à priori*.

30. Le bail peut aussi se comparer au droit de superficie.

Le contrat de superficie, peu usité aujourd'hui, était jadis très-fréquent. *Quo genere contractûs*, disait Cujas, *hodiè utimur frequenter* (3). Il nous vient des Romains, chez qui il était souvent pratiqué, comme nous l'attestent une foule de lois du Digeste.

Menochius définit ainsi le contrat de superficie : « Contractus superficiarius est cùm quis vendit, vel « donat, vel *locat* SUPERFICIEM FUNDI VEL DOMUM, re« tentâ proprietate : ob cujus recognitionem emptor « venditori in singulos annos certum quid præstare « debet. *Utile dominium est superficiarii, directum* « *domini*. Bartolus docet non semper necesse fore, « quòd pro superficie annua pensio præstetur; ut « quandò constituitur emptione, legato, vel dona« tione (4). »

Cujas donne un exemple de ce genre de contrat (5): c'est lorsqu'un propriétaire donne à louage un terrain pour que le preneur y bâtisse et jouisse de l'édifice, moyennant une certaine redevance pendant un long temps (*ad tempus non modicum*). Loyseau a posé une hypothèse analogue, c'est-à-dire « le bail « d'une place pour bâtir, à cette condition que le « preneur jouirait de la maison par lui bâtie, tant « qu'elle durait, et étant ruinée et démolie, retour« nait franchement à son maître, qui cependant en « demeurait toujours seigneur direct, à raison de « quoi, pendant le bail, on lui payait une certaine « redevance appelée *solarium; quòd pro solo pende*« *retur* (6). »

On voit par là que le contrat de superficie détache la superficie du fonds, pour l'aliéner tout à fait par vente, échange, donation, ou pour la louer à longues années (7).

Pour constituer le droit de superficie, il faut le concours de trois circonstances : 1° que le sol soit séparé de la superficie, et que, par exemple, ce même sol demeure au propriétaire, tandis que la superficie passe au superficiaire; 2° qu'il y ait une superficie qui distingue le sol; car, suivant Cujas, *genera agrorum distinguuntur superficie, id est, illis rebus quæ ibi nascuntur* (8); 3° que le superficiaire possède la superficie comme sienne, et qu'il puisse en disposer comme de sa chose (9).

Je ne mets pas au rang des choses nécessaires dans le contrat de superficie la redevance annuelle ou *solarium*. Car cette rétribution n'est pas toujours stipulée, comme Bartole le disait ci-dessus. Le *solarium* ne fait partie de la convention qu'autant que le droit de superficie est constitué à titre de conduction; toutefois Doneau fait fort bien remarquer que les personnes qui veillent à leurs intérêts (*qui sibi cavere volunt*) ne doivent consentir à un droit de superficie sur leur propre fonds, qu'à titre de bail et moyennant une rente déterminée. Sans quoi, le superficiaire pourrait être presque assimilé au propriétaire du fonds et de la superficie. Voilà pourquoi, ajoute le même jurisconsulte, les lois romaines entendent presque toujours par superficiaire, celui qui tient la superficie à titre de conduction; « non quia superficies in alieno « constitui non posset et emptione et gratis, sed quia « nunquàm ferè aliter constitui soleat, *quàm con*« *ductione* (10). »

Cependant gardons-nous de confondre le bail d'une superficie avec le simple bail à ferme. Le bail de superficie doit d'abord s'étendre nécessairement à de longues années. S'il était borné à 3, 6, 9 ans, ce ne serait pas autre chose qu'un bail à ferme. Écoutons Cujas : *Item videndum est an conduxerit ad tempus non modicum. Nam qui conduxit ad tempus modicum, is habetur* PRO NUDO CONDUCTORE, NON PRO SUPERFICIARIO (11).

Plus énergique que le bail, il démembre la propriété; il investit le superficiaire de la libre disposition de la superficie; de telle sorte que celui à qui cette superficie est concédée à titre de conduction, peut la donner à antichrèse, y établir des servitudes, et même l'aliéner sans consulter le propriétaire (12), toutes choses que ne peut faire le preneur à bail (13). Aussi la glose disait-elle que le superficiaire est maître de l'immeuble *non jure directo, sed utiliter*(14), et Accurse et presque tous les docteurs l'appellent *quasi dominus*. Il suit de là que le conducteur d'un droit de superficie n'a pas seulement un droit de servitude

(1) *Supr.*, n° 19. J'ai insisté sur ce point.
(2) *Supr.*, n° 22.
(3) Sur la loi 74, D. *De rei vindicat.*
(4) *De retinendâ vel adipiscendâ possessione* (Remed., 4, n° 5). *Junge* Favre, *De errorib.*, Decad. 100, error 5.
(5) Sur la loi 74, D. *De rei vindicat.*
(6) *Déguerp.*, liv. 1, ch. 4, n° 31.
(7) V. ce qu'en dit M. Blondeau, *Chrest.*, p. 399.
(8) Sur la loi 2, D. *De servit.*
(9) Doneau, *Comment.*, lib 9, c. 10, n° 6.
(10) Doneau, *Comment.*, lib. 9, c. 17, n° 9.
(11) Sur la loi 74, D. *De rei vindicat. Junge* Doneau, lib. 9, c. 16, n° 15.
(12) Doneau, lib. 9, c. 17, n° 9. Voët, *Ad Pandect. De superficiebus.*
(13) C'est ce qu'a prouvé Doneau contre Bartole (sur la loi 1, § *Quid autem*, D. *De superfic.*), et contre Menochius (*De retin. poss. remed.*, 4, n° 33).
(14) Sur la loi 2, au D. *De superficiebus.*

personnelle dans la chose, comme l'usufruitier; il a un droit dans la propriété même. Il est investi d'un immeuble matériel (1), dont la disposition lui appartient pendant toute la durée du bail. Il a en propre toutes les actions, tant réelles que personnelles, qui sont nécessaires pour faire respecter son droit (2).

Il reste à faire une dernière observation. C'est que le propriétaire, après avoir joui de la redevance pendant toute la durée du contrat, reprend, à l'expiration, la chose avec les améliorations superficiaires qui accèdent au fonds (3). Le bailleur n'a pas un droit pareil à l'égard de son fermier.

31. Le contrat de superficie a plus d'analogie avec l'emphytéose, autre espèce de bail, dont nous devons faire ressortir les différences avec le bail à ferme. Mais, pour offrir au lecteur des idées complètes sur ce sujet, il sera nécessaire de remonter assez haut dans les antiquités du droit romain; c'est là qu'est le berceau de l'emphytéose.

Quelques érudits ont cru pouvoir trouver l'idée primitive de ce contrat dans les engagements du domaine public de la république romaine (4). Mais je ne sais si leur opinion n'a pas quelque chose de contestable. Ce domaine appelé *ager publicus* avait eu son noyau primitif dans le tiers des terres que Romulus avait réservé pour l'État et pour le pâturage, après que les deux autres tiers du territoire eussent été abandonnés, savoir, un tiers au roi et au culte, l'autre tiers aux citoyens, entre lesquels il fut réparti par assignations limitées (*agri limitati*) (5). Le domaine public s'était augmenté dans la suite par les conquêtes du peuple, et plus il était considérable, plus il était convoité par l'avarice des patriciens et par la jalousie de la classe plébéienne. Presque toute la portion de l'*ager publicus* qui, à la différence des carrières, des salines, des mines, n'était pas affermée (6), était possédée par les patriciens (7), moyennant une redevance (*vectigal*) (8) qui était ordinairement du dixième. Pendant longtemps ils profitèrent de leur puissance pour s'en affranchir, et cette injuste prétention agita plus d'une fois la république (9). Quant à la plèbe, elle n'avait droit qu'à la jouissance de quelques pâturages communs.

Ce privilége des patriciens sur l'*ager publicus* maintenait de leur côté la prépondérance des richesses et la prépondérance politique. Tandis que le plébéien languissait dans son étroit héritage, sous le poids de l'usure et de l'oppression, le patricien s'étendait dans les immenses domaines de la république, il en dévorait les produits, et, patron intéressé, il y colloquait ses clients, moyennant de bonnes redevances (10)!

Toutefois, son droit n'allait pas jusqu'à pouvoir se dire propriétaire de l'*ager publicus*. Ce droit était limité et révocable au gré de l'État; aussi est-il constamment appelé *possessio* (11), par opposition au domaine de propriété qui demeurait dans les mains de la république. Il est vrai qu'à l'égard des tiers, les détenteurs de l'*ager* avaient la libre disposition de la chose; ils pouvaient l'aliéner, la transmettre par succession et par contrat, etc., etc. (12). Mais le droit éminent de la république survivait à ces mutations. Il restait suspendu sur la tête des possesseurs, toujours inattaquable par l'usucapion (13), toujours menaçant de son réveil la confiance du patriciat.

Les tribuns du peuple le savaient bien! Leurs lois agraires, si injustement calomniées, ne furent que le légitime exercice de ce droit perpétuel de retrait. Ramener à leur source primitive les possessions du domaine public, pour les diviser ensuite entre tous les citoyens sans exception, créer par ces partages une classe intermédiaire de petits propriétaires, pour balancer l'influence des grandes fortunes patriciennes; telle fut la pensée profonde des Licinius Stolon et des Gracches. Si Rome périt sous le poids de la grande propriété (14), si la république s'écroula faute d'un point d'appui entre la corruption des grands et la dégradation des classes inférieures, il ne faut pas en accuser la politique de ces grands citoyens.

Jusqu'ici nous ne trouvons rien qui ressemble à l'emphytéose. La condition précaire des détenteurs du domaine, les orageuses révocations des *possessiones* ne peuvent se comparer aux paisibles tenures emphytéotiques, dont le propre a toujours été (15) de ne pouvoir être légalement troublées tant que le conducteur paye exactement son canon.

Les monuments de l'histoire romaine parlent aussi des locations du domaine public (16). Serait-ce là qu'on voudrait aller chercher le berceau de l'emphytéose (17)? Mais on risquerait encore de s'égarer dans cette voie. M. Niebuhr a prouvé, par les raisons les plus pressantes, que ces locations n'étaient pas le bail de la terre elle-même, mais la mise en adjudication, par les censeurs, de la ferme de la dîme que l'État avait droit de percevoir sur les détenteurs. Suivant ce savant auteur, on ne louait que le *vectigal*; on n'accordait à des fermiers que le droit de lever la part que l'État s'était réservée dans les récoltes de l'*ager publicus* (18).

N'espérons donc pas de trouver dans l'histoire de l'*ager publicus* l'origine du contrat qui nous occupe. Démembré par les guerres civiles, jeté comme une proie à l'avidité des légions et aux espérances des factieux (19), l'*ager publicus* disparaît presque en en-

(1) M. Proudhon, *Usufruit*, n° 3732 et suiv., et n° 117.

(2) L. 73, 74, 75, D. *De rei vindicat.*, l. 1, § 1, D. *De superficiebus*.

(3) Doneau, lib. 9, c. 17, n° 9, et c. 18, n° 12.

(4) V. la brochure, si remarquable du reste, de M. Vuy, *De originib. et naturâ juris emphyt.*, et le compte qu'en a rendu M. Laboulaye, *Revue de législ.*, t. 9, p. 393.

(5) M. Niebuhr, *Hist. rom.*, t. 3, p. 209 et suiv.

(6) Id., p. 175 et suiv.

(7) Id., p. 220-221.

(8) C'était l'aveu du domaine éminent de l'État. « *Testandi causâ publicum agrum esse.* » (Tit.-Liv., XXXI, 13.)

(9) M. Niebuhr, *Hist. rom.*, t. 3, p. 221 et 222, et note 361. Tite-Live, IV, 36.

(10) Id., p. 191, note 297. Cicéron, *Des Offices*, 11, 22.

(11) Niebuhr, t. 3, p. 199. Paul, l. 11, D. *De evict.* Javolenus, l. 115, D. *De verb. signif.*

(12) Des familles les possédaient depuis des siècles par héritage ou acquisition (Cicer., *De Officiis*, 11, 22, 23. Florus, III, 13. Paul, *De evict.*, l. II, D. *De evict.*

(13) Niebuhr, t. 3, p. 194, 195, 196, 198, note. Cicer., *in Rullum*, II, 21, 31. Tite-Live, 31, 13.

(14) *Latifundia Romam perdiderunt!!!* disait Pline, XVIII, 7. D'après Cicéron, on ne comptait dans le siècle qui précéda la destruction complète de la république, que 2,000 citoyens qui possédassent une fortune indépendante (*De Officiis*, II, 21). Gibbon, t. 6, p. 33, 36. Sous les empereurs, Sénèque remarque que les rivières qui jadis avaient séparé des nations ennemies, traversaient maintenant les domaines d'un simple particulier. *Epist.* 89. (Gibbon, t. 6, p. 17.)

(15) On le verra plus bas. Consultez d'ailleurs la loi 1, D. *Si ager vectig.*

(16) Cicer., *in Verrem*, III, 6 (13).

(17) M. Vuy, I, 29, 27 et suiv.

(18) T. 3, p. 187 à 191.

(19) Cic. *ad Atticum*, II, 16, 20. *Offic.*, II, 8. *Ad famil.*,

tier (1) avant de nous offrir aucun vestige d'emphytéose, et ses faibles et derniers restes sont bientôt éclipsés par l'opulente étendue du domaine impérial. Cependant, du temps du jurisconsulte Paul, il en existait encore des fragments lointains, par exemple, dans la Germanie transrhénane ; et des rescrits du prince venaient les enlever aux possesseurs, tantôt pour en doter les vétérans, tantôt pour en tirer profit par des aliénations définitives (2). Car le droit de révocation se maintenait dans les mains des empereurs, de même qu'il avait existé du temps de la république (3) ; mais une ordonnance de 423, rendue à Ravenne par Honorius et Théodose, abolit cet état de choses, et convertit en toute propriété ce qui, jusque-là, n'avait été que possession (4).

Je n'attache pas non plus une grande importance aux possessions des terres provinciales, qui, soumises au même régime que l'*ager vectigalis*, me paraissent en dehors de notre sujet (5). Soit que nous nous placions à l'époque où le peuple romain, se proclamant seul propriétaire du sol provincial (6), poussait l'usage de ce droit jusqu'à dépouiller les antiques possesseurs (7) ; soit qu'avançant vers une époque plus douce, nous trouvions les provinciaux jouissant, comme propriétaires, des héritages paternels, sous la seule condition de payer le *vectigal*, signe de la suprématie romaine (8), nous sommes dans tous les cas fort éloignés de l'emphytéose. Là, la possession est trop précaire pour pouvoir être assimilée à celle de l'emphytéose ; ici, elle ressemble trop à la pleine propriété (9) pour qu'il soit possible de la rabaisser jusqu'au niveau de l'emphytéose, de ce contrat dans lequel les jurisconsultes classiques ne voient encore qu'un simple bail à ferme plus long que les autres.

Pour arriver à la source véritable du contrat emphytéotique, il faut interroger le régime de l'*ager vectigalis*. C'est là, et pas ailleurs, à mon sens, qu'elle est placée !

Les villes avaient dans l'empire romain, comme aujourd'hui, des terres communes, des domaines appartenant à la cité. Ces domaines, dont l'origine était contemporaine de la fondation des colonies, et que d'amples donations augmentaient fréquemment (10), n'étaient pas tous soumis au même mode d'administration. Les fragments des jurisconsultes de l'époque classique, seules données que nous ayons sur ce sujet, nous apprennent qu'une portion se louait par des baux ordinaires (11) : c'était probablement la partie la mieux cultivée et la plus productive. L'autre portion était concédée à perpétuité, moyennant un canon (*vectigal*) ; on l'appelait dans ce cas *ager vectigalis* (12). Ces assignations étaient un moyen d'arracher à leur abandon les *latifundia* qui accablaient de leur poids stérile les villes comme les riches particuliers. Des familles pauvres étaient appelées à participer aux avantages de la possession du sol. Elles apportaient leur industrie ; elles élevaient des habitations, elles opéraient des défrichements. Nous voyons apparaître ici le but spécifique de l'emphytéose, qui, comme l'indique son nom grec, consiste à planter, à améliorer les terres incultes (13). Aussi Tribonien ne fait-il aucune difficulté d'appeler l'*ager vectigalis, ager emphyteuticarius* (14), comme si ce fût une seule et même chose, et tout porte à croire que le *jus emphyteoseos* dont Ulpien a été le premier à parler entre tous les jurisconsultes classiques (15), se réfère à la possession de l'*ager vectigalis* (16) ; je sais bien que plus d'un auteur a crié à l'interpolation contre Tribonien (17), prétendant que le mot d'emphytéose n'a été glissé dans le texte d'Ulpien que par une altération familière au ministre de Justinien. Mais ces accusations me touchent peu. Je ne vois rien d'étonnant à ce qu'Ulpien se soit servi d'un mot grec fort énergique et fort significatif, quand même ce mot eût été nouveau dans la langue du droit. Au surplus, ce qui est décisif à mes yeux, ce qui montre la parfaite identité de l'*ager vectigalis* et de l'*ager emphyteuticarius*, c'est que la définition que donne Paul du premier, concorde tout à fait avec celle que consacre la législation constantinopolitaine à l'égard du second. « *Vectigales* « vocantur, dit Paul, qui in perpetuum locantur, eâ « lege, ut tandiù pro illis vectigal pendatur, quandiù « neque ipsis qui conduxerunt, neque his qui in lo- « cum eorum successerunt, auferri cis liceat (18). » Lisez maintenant aux Institutes, ce que Tribonien a dit de l'emphytéose (19), et voyez si la liaison de l'*ager vectigalis* avec le bail emphytéotique n'est pas intime, et surtout évidente.

Les concessions dont nous venons de parler étaient habituellement perpétuelles (20) ; condition sage et utile pour fixer les cultivateurs et pour encourager le travail. Lorsque l'étendue des terres est hors de proportion avec le nombre de ceux qui les possèdent, les concessions perpétuelles sont d'un usage constant et général. Le moyen âge offre une nouvelle preuve de cette vérité.

Toutefois il y avait des exemples de concessions de biens communaux faites à temps. Paul nous apprend cette circonstance (21). Mais il paraît qu'elle sortait des habitudes ordinaires, et que les véritables tenures vectigaliennes et emphytéotiques étaient perpétuelles (22).

XIII, 8, et *Philip.*, V, 2, 3.—Tacit. *Annal.*, XIII, 18.—Plut. Vie de Sylla, 31, 33.—Suétone, *in Julio*, 20, 38.—Id., Octav., 13.—Velleius Paterculus, 11, 74.—Florus, IV, 5.—Virgile, Eglog. 1.

(1) Niebuhr, t. 3, p. 197. M. Vuy, p. 90. M. Laboulaye, Hist. du droit de propriété à Rome, p. 85.

(2) L. 11, D. *De evict.*; M. Niebuhr, t. 3, p. 197.

(3) Paul, l. 11, § 1, D. *De public.* et *vectig.* Il appelle ces terres AGRI PUBLICI *qui in perpetuum locantur.*

(4) L. 1, C. Theod., *De rei vindicat.* M. Niebuhr. t. 3, p. 197, note 311, donne cette interprétation à cette loi, qui s'occupe des fonds occupés *par les soldats.*

(5) V. cependant ce qu'en dit M. Vuy, p. 49.

(6) Niebuhr, t. 3, p. 207. Caïus, II, 7.

(7) M. Vuy, p. 51.

(8) Id.

(9) En effet, si ce n'était pas la propriété quiritaire, c'était du moins l'*in bonis*. Caïus, II, 18, 21.

(10) Pline, *Epist.*, VII, 18.

(11) Paul, l. 1, D. *Si ager vectig.*

(12) Cicer. *ad familiar.*, XIII, 7, 11, VI, 1 ; VIII, 9. Paul, l. 1, D. *Si ager vectig.*

(13) V. tous les auteurs sur le titre du Code, *De jure emphyt.*, et particulièrement Cujas.

(14) Au D. *Si ager vectig.* VEL *emphyt.*

(15) L. 3, § 4, D. *De rebus eor.*

(16) Cujas remarque que les Grecs donnent toujours le nom d'emphytéose à l'*ager vectigalis* (sur le Code, *De jure emphyt.*).

(17) V. Favre, *Ration. ad Pand.*

(18) L. 1, D. *Si ager vectigal.*

(19) *De loc. conduct.*, § 3.

(20) Paul, l. 1, au D. *Si ager vectigal.* Caïus. Inst., III, 145.

(21) Loi dernière, D. *Si ager vectigalis.*

(22) Paul, l. 1, D. *Si ager vectig.* Agri civitatum alii *vectig.* vocantur alii non. *Vectigales* vocantur qui *in perpetuum locantur.*

Une grande différence se faisait remarquer entre les concessions de l'*ager vectigalis* et les possessions de l'*ager publicus*, dont nous nous sommes occupé en commençant. J'ai dit que celles-ci étaient perpétuellement révocables; lorsque la république usait de son droit de retrait, il fallait courber la tête et obéir; au contraire, le conducteur de l'*ager vectigalis* ne pouvait jamais être dépossédé tant qu'il payait exactement le canon. Troublé par la cité, il avait le droit d'agir contre elle pour se faire maintenir (1). A ce trait caractéristique, l'on voit de plus en plus combien nous nous approchons du contrat emphytéotique.

Les droits du conducteur de l'*ager vectigalis* étaient nombreux et étendus. En face des tiers, sa position avait des côtés tellement voisins du droit de propriété, que quelques jurisconsultes allaient jusqu'à le croire acheteur de la chose, plutôt que conducteur. Mais Caïus, qui rappelle cette controverse, voulait (et c'était l'opinion la plus générale) qu'on ne le considérât que comme bailliste (2). Aussi, aucun texte ne lui donne le titre de propriétaire; sans doute on reconnaît en lui un droit qui dépasse le simple rapport particulier du propriétaire et du preneur. Il a le *jus in re*, et l'action réelle (3); il a un *jus prædii* (4), un *jus servitutis* (5); mais il n'a pas le domaine de propriété. Les jurisconsultes le lui refusent en termes exprès (6). Bien plus, dans ses rapports généraux avec le bailleur, les décisions des jurisconsultes le ramènent à la condition du fermier. Papinien veut que, si l'année est stérile, il obtienne une diminution du prix de sa location (7). Enfin, quand il dégrade le fonds qu'il est chargé d'améliorer, il encourt la peine de résiliation (8). Ainsi donc, s'il est plus que le fermier en ce qui concerne le *jus in re*, les interdits possessoires, l'action publicienne, et la durée indéfinie de sa possession, qui se transmet de génération en génération, il redevient fermier pur et simple, dans tous les cas où l'on ne trouve pas à son égard une exception donnée par la nature des choses; il est si peu propriétaire, qu'il n'a pas même la propriété imparfaite des possesseurs de fonds provinciaux. Car ceux-ci ne sont pas soumis à la commise pour défaut de payement du tribut; ils ont le *jus utendi et abutendi* sur la chose qu'ils tiennent *in bonis* (9).

Maintenant que les concessions vectigaliennes nous ont donné l'origine certaine des tenures emphytéotiques, nous allons voir l'emphytéose se développer et grandir sous les empereurs romains, jusqu'à ce qu'elle forme sous ce nom un contrat à part et distinct du contrat de louage.

J'ai dit que les faibles débris de l'*ager publicus* avaient été se confondre dans le domaine des empereurs (10). Ceux-ci, indépendamment de leur fortune personnelle, avaient hérité des biens de l'État de même qu'ils en avaient absorbé les pouvoirs. Soigneux d'enrichir leur fisc par tous les moyens, ils avaient trouvé de tristes ressources dans les guerres, dans les lois caducaires (11), dans les réunions de biens vacants (12), mais surtout dans un système incessant d'odieuses confiscations (13). Cette source impure, déjà trop bien alimentée par le crime de lèse-majesté (14), s'était encore accrue lors de la conversion des empereurs à la religion chrétienne; et le masque religieux avait servi à colorer les turpitudes de l'avarice. On voit, par exemple, l'empereur s'attribuer l'opulente dotation du temple de Comana, dont les terres étaient habitées par 6,000 colons ou esclaves de la divinité ou de ses ministres (15). Enfin, dit Gibbon, les domaines de l'empereur étaient répandus dans toutes les provinces, depuis la Mauritanie jusqu'à la Grande-Bretagne (16).

Une partie de ces domaines était souvent employée à subvenir aux nécessités de l'empire; on les appelait *fundi rei privatæ*, *rei dominicæ*, *æternabilis domus*, *patrimonium nostrum*, *fundos fiscales* (17); l'autre partie était consacrée aux dépenses personnelles de l'empereur et de sa maison, on l'appelait *patrimoniales fundi* (18). Mais il est très-probable qu'un despotisme sans contrôle devait fréquemment fouler aux pieds ces distinctions, pour faire tourner au profit de son avarice la part assignée à l'État.

Trop de richesses eussent afflué dans le trésor impérial si toutes les terres eussent été fertiles, si partout elles eussent été exploitées par des bras libres et laborieux; mais depuis longtemps une affreuse dépopulation désolait l'empire. César avait vu le mal; de vaines tentatives avaient été faites pour l'arrêter (19); Auguste n'avait pas été plus heureux à combler les vides des guerres civiles (20); la plaie n'avait fait que grandir pendant cette série de tyrans sanguinaires et stupides qui déshonorèrent la pourpre. Sous le règne de Gallien, la ville d'Alexandrie avait perdu plus de la moitié de ses habitants (21). Soixante ans après la mort de Constantin, on fut obligé d'exempter de tout tribut 300 mille acres de terres incultes et désertes, composant un huitième de la Campanie (22), cette province si délicieuse et si fertile en d'autres temps!! Enfin, pour juger de la grandeur du mal, il suffit de lire les constitutions des empereurs sur les biens abandonnés. La terre ne pouvait pas trouver de maîtres (23)!!! tandis que Rome affichait les derniers restes d'un luxe insolent, tandis qu'on voyait dans ses murs des citoyens qui possédaient à eux seuls des villes entières (24), les provinces périssaient dans le

(1) Paul, l. 1, § 1, D. *Si ager vectigalis*. M. Niebuhr, t. 3, p. 198, note.

(2) Sed magis placuit locationem conductionemque esse. Inst., 3, 145. *Junge* Papinien, l. 15, § 4, *Loc. cond.* V. aussi Inst. de Just., *De loc. cond.*

(3) Paul, l. 1, § 1, D. *Si ager vectig.*

(4) Ulp., 1, 3, § 4, *De reb. cor.*

(5) Arg. de la loi 86, § 4, D. *De leg.* 1° (Julianus).

(6) Ulp., l. 71, § dernier, D. *De legat.* 1°, *Non videri proprietatem ei legatam*. Paul, l. 1, § 1, D. *Si ager vectig. quamvis* NON EFFICIANTUR DOMINI.

(7) Papinien, l. 15, § 4, D. *Loc. cond.*

(8) Arg. de la loi 3, C. *De loc. cond.* M. Vuy, p. 75.

(9) M. Vuy le reconnaît, p. 80.

(10) V. Gibbon, t. 3, p. 373.

(11) Ulp., *Fragm.* XVII.

(12) L. 2, C. Theod., *De incorpor.* (X, 9). L. 5, C. Theod., *De bonis vacant.* (X, 8).

(13) M. Naudet a compté vingt-neuf chefs criminels qui emportaient la confiscation. (*Des changements opérés dans l'administration de l'empire romain sous les règnes de Dioclétien*, etc., t. 1, p. 195.)

(14) Pline, *Panégyr.*, c. XLII.

(15) Gibbon, t. 3, p. 373.

(16) *Loc. cit.*

(17) V. M. Vuy, p. 92-93.

(18) Id.

(19) Suétone, *in Julium*, 20, 43.

(20) Par ses lois pour encourager le mariage.

(21) Gibbon, t. 2, p. 180.

(22) *Cod. Theod.*, lib. XI, t. 28, l. 2, publiés le 24 mars 375. Gibbon, t. 3, p. 387.

(23) Pro his fundis qui *invenire dominos non potuerunt*. Constant., l. 1, C. *De omni agro deserto.*

(24) Nicopolis, fondée par Auguste, appartenait à une dame romaine, nommée Paula. Saint Jérôme, *In præf.* comment. ad

marasme, et les campagnes se couvraient de jachères par l'extinction progressive, incurable, des classes agricoles.

Les empereurs cherchèrent à combattre cette lèpre en multipliant les concessions de leur domaine. Au temps de Dioclétien et de Maximien, le domaine personnel paraît avoir été occupé en grande partie par des emphytéotes, et le mot d'emphytéose, qui, du temps d'Ulpien, n'avait pas encore acquis droit de bourgeoisie, se montre dès lors comme adopté tout à fait par la langue latine. On l'applique plus habituellement aux tenures des domaines impériaux, tandis que les expressions plus anciennes d'*ager vectigalis* conservent pendant longtemps encore leur spécialité primitive, et sont plus particulièrement réservées aux locations perpétuelles de biens communaux (1). Après Dioclétien et Maximien, les constitutions se multiplient, et l'on voit l'emphytéose s'étendre (2) non-seulement sur le domaine personnel (3), mais encore sur toutes les parties du domaine (*fundi rei privatæ*) (4); soit en Italie, en Afrique, en Sardaigne, en Sicile, etc. (5), les princes cherchent à encourager les constructions dans les villes (6) et les défrichements dans les campagnes, en abandonnant aux preneurs des terrains considérables; on s'efforce surtout de les garantir des caprices du despotisme, en leur assurant le bienfait de la perpétuité de leur jouissance, et en leur accordant les prérogatives les plus voisines du droit de propriété lui-même. Voilà pourquoi ils sont souvent appelés *perpetuarii possessores* (7), comme le prouve Godefroy (8), et même *domini* (9).

M. Vuy pense que les constitutions des empereurs qui prémunissent les détenteurs contre les dangers des dépossessions violentes, attestent qu'avant elles le droit accordé sur l'*ager publicus* conservait ses racines, et que les premières emphytéoses du domaine impérial étaient précaires et révocables comme les concessions de l'*ager publicus* (10). J'aurais de la peine à partager cette opinion, qu'aucune preuve ne me paraît légitimer. Elle me semble surtout démentie par cette vérité démontrée à mes yeux, savoir, que l'emphytéose est sortie de l'*ager vectigalis* et n'a été qu'une application du contrat vectigalien aux fonds du domaine de l'empereur. Je sais que, par d'intolérables abus de pouvoir le despotisme augmentait souvent les canons et expulsait les emphytéotes qui refusaient de les payer. Je sais que les intrigues des délateurs, cette peste de la cour impériale (11), s'agitaient pour troubler la sécurité des provinciaux et des possesseurs, et que, lorsque l'avarice du prince trouvait un solliciteur ou un prétendant qui offrait une redevance plus forte que celle du possesseur, on lui adjugeait la concession au mépris des droits acquis. Mais ces iniquités étaient l'effet de la violence; elles attestent les écarts d'une tyrannie odieuse, et non pas l'exercice d'un droit; car elles s'exerçaient sur ce qu'il y avait de plus légitime, de plus irrévocable, de plus sacré. Ne voyons-nous pas les villes dépouillées de leurs biens par des empereurs qui craignaient de les voir servir à favoriser le culte des gentils (12); les propriétés des temples païens ne furent-elles pas plus d'une fois confisquées? Enfin les exactions et les surimpositions ne s'étendaient-elles pas aux simples fermiers eux-mêmes des biens personnels du prince? Ne fallait-il pas aussi que les empereurs vinssent à leur secours pour protéger leurs contrats et leur assurer le bénéfice du droit commun (13)? Aussi M. Niebuhr n'hésite-t-il pas à dire que les rares vestiges des anciennes possessions de l'*ager publicus* que l'on rencontre encore sous les empereurs (14), n'ont rien de commun avec la législation relative au domaine des empereurs (15). Ce qui me confirme dans cette opinion, c'est que le texte des constitutions qui défendent de troubler les possesseurs du domaine ne prouve pas suffisamment qu'on ait voulu introduire un droit nouveau (16). Au surplus, quand même la conjecture de M. Vuy serait vraie, elle ne prouverait rien autre chose, sinon que les emphytéoses du domaine s'étaient écartées pendant quelque temps de l'état normal fixé pour les locations de l'*ager vectigalis*, et que les misères de l'agriculture dans ce temps désastreux forcèrent à rentrer bientôt dans l'élément primitif et régulier. Mais cet élément préexistait; en lui-même, il n'a souffert aucune modification de ce voisinage. Loin de là, il est resté le type auquel les locations domaniales sont venues se rallier.

---

epist. ad Tit., t. 9, p. 243. Gibbon, t. 6, p. 17. Lenain de Tillemont, *Mémor. ecclésiast.*, t. 12, p. 85.

(1) V. la loi 13 au C. *De prædiis et aliis rebus minor.*, « etiam vectigale, *vel patrimoniale sive emphyteuticum*, prædium sine decreto præsidis distrahi non licet. » Il est vrai que plus tard le nom d'emphytéose leur fut appliqué, l. 7, C. J. *De fundis patrim.*

(2) Anno 317, l. 3, C. Theod., *Ad S. C. Claud.*
319, l. 1, C. Theod., *De itinere muniendo.*
323, l. 2, C. Theod., *De extraordin.*
333, l. 3, C. Theod., *De adm. et periculi tutor.*
337. l. 4, C. Theod., *De annonâ.*
359, l. 9, C. Theod., *De extraord.*
364, l. 3, C. Theod., *De collatione fundor.*
385, l. 17, C. Theod., *De extraord.*
398, l. 4, C. Theod., *De collatione fundor.*
396, l. 5, C. Theod., *De censitor.*
414, l. 54, C. Theod., *De hæreticis.*
Id., l. 19, C. Theod., liv. XI, 7.
423, l, 14, C. Theod., *De indulg. debitor.*

(3) *Junge* l. 1 et 3, s. 8, 10. *De fund. patrim.*; l. 7, 9, C. *De omni agro deserto.*

(4) L. 1, C. Theod., *De collat. fundor.*; l. 5, c. 7, *De fundis rei privatæ*; l. 5, c. 7, *De locat. prædio. civ.*; liv. 9, c. 7, *De fundis patrimon.*

(5) L. 1, C. Theod., *Comm. divid.*; l. 1, 9; C. Th. *De extraord.*, Godefroy, Paratit. sur le T. du Code Theod., *De locat. fundor.*

(6) A Constantinople, p. ex., l. 36, C. Theod., lib. V, t. XIII; l. 1, C. *De officio comitis S. Palatii.*

(7) L. 1, C. *De collat. fundor.*; l. 5, C. *De fund. patrim.*; l. 4, C. Theod., *De collat. fundor.*

(8) Il prouve que les *perpetuarii* sont la même chose que les emphyt. (Sur le tit. du Cod. Theod. *De locat. fundor.*)

(9) L. 2, C. *De fund. rei privatæ.*

(10) P. 118, 119, 130, 131.

(11) V. le Code Theod., *De petit.* (lib. X, t. X).

(12) L. 1, C. Theod., *De locat fundor. juris emphyt.* Par cette loi, Julien l'Apostat en ordonne la restitution.

(13) L. 20, C. Theod., *De extraord.* Evidenter atque absolutè jubemus, ne fundi ad patrimonium nostrum pertinentes, seu CONDUCTIONIS TITULO, seu perpetuo jure teneantur, aliquid præter ordinem, superindicti, vel pretii petiti nomine, vel de sordidis quibuscumque muneribus agnoscant; nam hoc et à divis principibus impetratum est, et à nostrâ serenitate reparatum (395).

(14) V. ce que j'ai dit ci-dessus des *possessiones* situées en Germanie.

(15) T. 3, p. 197, note 311.

(16) V. les lois 1 et 2, C. Theod. *De pascuis* (Valentin., 365); l. 3, C. Theod., *De locat. fundor.* (Theodos., 380); l. 5, id., (Honorius, 400); l. ult., C. Theodos., *De collat. fundor.* (Arcad. et Honorius, 398).

Voyons maintenant quels étaient les droits et les obligations résultant de l'emphytéose, depuis que ce contrat s'était uni par des liens si intimes aux tenures domaniales.

L'emphytéote profitait des esclaves attachés au fonds du domaine (1). Comparé au propriétaire, il pouvait même les affranchir (2); l'émolument de la chose lui appartenait; il transmettait son droit à ses descendants à perpétuité (3); mais pouvait-il le vendre, le donner, l'aliéner sans l'autorisation du magistrat?

Une constitution de Constantin permettait à l'emphytéote de céder son droit par donation sans être tenu de se munir d'une permission du juge, sauf toutefois à répondre du payement du canon (4); mais Cujas (5) pensait qu'il n'en était pas de même dans le cas de vente, et que le consentement du *rationalis* ou procureur de l'empereur (6) était indispensable. Cette opinion, adoptée par de savants auteurs de l'école moderne allemande (7), ne me semble admissible qu'avec quelques restrictions : aucun texte ne parle de la nécessité de cette autorisation; plusieurs s'occupent même du commerce des choses emphytéosées et gardent le silence sur la loi d'une permission préalable (8). Tout ce qu'on exige du cédant, c'est que, si son cessionnaire est insolvable, il réponde en son nom personnel du payement des prestations (9).

A mon avis, ce qu'il a de plus vraisemblable là-dessus, c'est que les agents du fisc élevaient souvent des difficultés sur les transmissions de biens emphytéosés, et que leurs prétentions, quelquefois appuyées ou encouragées par les empereurs avares, quitrouvaient dans ces exigences une occasion de rançonner les parties, n'étaient cependant pas toujours jugées favorablement par le prince; témoin la constitution de Constantin relative aux donations. Du temps de Justinien, il n'y avait encore rien de positif et de légal sur cette prétention du propriétaire direct; plusieurs l'exerçaient avec âpreté, mais cet empereur en parle comme d'une chose douteuse, et d'une source d'abus, sur laquelle il fallait porter le remède d'une législation fixe et équitable (10).

L'emphytéote était assujetti au payement d'un canon qui consistait, partie en denrées, partie en or. Le payement des denrées s'effectuait tous les quatre mois, celui de l'or en un seul payement (11). Pour que le fisc n'éprouvât ni retard ni non-valeur, on avait soin, avant de concéder un bien domanial à emphytéose, de discuter les facultés de celui qui se présentait (12). Le preneur était obligé de réunir aux terres fertiles de sa tenure les fonds stériles voisins, et de supporter pour cette adjonction une augmentation de canon (13); pensée qui avait son bon côté, puisqu'elle voulait étendre la zone des défrichements, et obtenir de l'accroissement de la richesse agricole l'accroissement des tributs!! mais mesure inefficace dans un temps de langueur morale et de décadence, où manquaient à la fois et les capitaux, et l'amour du travail, et la confiance dans l'avenir!! Du reste, depuis Constantin, les empereurs avaient souvent adouci pour les emphytéotes des domaines les rigueurs de l'impôt. Ce prince les avait affranchis des charges extraordinaires appelées *munera extraordinaria* (14) qui fatiguaient les sujets d'exigences accablantes et intarissables. Ces exemptions, répétées sous ses successeurs (15), avaient bien souffert quelques atteintes temporaires (16); mais, à de rares intervalles près, elles s'étaient maintenues pendant le quatrième siècle (17); et, à part les réparations des chemins, auxquelles les emphytéotes restèrent constamment soumis (18), l'intolérable fardeau des impôts extraordinaires, des superindictions, etc., etc., ne s'appesantissait pas habituellement sur eux; ils ne supportaient que l'impôt ordinaire foncier comme tous les citoyens (19). Cet état de choses continua jusque sous Justinien, qui, dans son Code, rappela les constitutions impériales favorables aux emphytéotes domaniaux (20).

Jusqu'à présent l'histoire du droit romain ne nous

(1) Godefroy, *Paratit.*, C. Theod. *De locat. fundor. juris emphyt.*

(2) La loi 12, C. *De fund. patrim.*, est formelle (Theod. et Valent.). « Licentia ei concedenda etiam libertates mancipiis ex « fundis patrimonialibus atque emphyteuticariis, *cum fundorum* « *sint domini*, præstare. (V. Cujas sur cette loi.)

M. Vuy pense que cette constitution a été altérée par Tribonien, et qu'elle n'a de valeur que pour le règne de Justinien, et non pour les temps antérieurs, p. 127; mais ce reproche n'est pas prouvé à mes yeux.

(3) L. 3, C. *De locat. prædior. civil.*

(4) L. 1, C. *De fundis patrimonial.*

(5) Sur la loi 1, C. *De fundis patrim.*

(6) Brisson. *De verbor. signific.*, v° *Rationales.*

(7) Nothomb. *Specimen juris emphyt.*, p. 17, 36. M. Vuy, p. 122, 123.

(8) L. 13, au C. *De prædiis et aliis reb. minor.* Ulp., l. 3, § 4, D. *De reb. eor.* Theod. et Valent., l. 5, c. 7, *De loc. prædior.*, Grat. et Valent., l. 3, c. 7, *De fundis rei privat.* V. surtout les Inst. de Just., *Loc. cond.*, § *Adeo.*

(9) L. précitée, *De fund. rei privatæ*, et l'interpr. de Cujas.

(10) L. dernière, au C. *De jure emphyt.* Elle dit : *cum dubitabatur*, etc.

(11) Valens et Valent., C. Theod., l. 3 (lib. XI, t. 19), et Godefroy, sur cette loi.

(12) L. 5, C. Theod., *De censit.*, et Godefroy, Paratit. sur le titre du C. Theod., *De locat. fundor. juris emphyt.*, l. 3, c. 7, *De omni agro deserto.*

(13) L. 9, C. 7. *De omni agro deserto.* Godefroy, sur la loi 4, C. Theod., *De locat. fund. jur. emphyt.*

(14) L. 1 et 2, C. *De collat. fundor patrim.*

(15) Constans, l. 5, C. Theod., *De extraord. muner.*, l. 1, c. 7, *De privileg. domûs Augustæ*, Constantius et Constans, l. 9, C. Theod. *De extraord. munerib.*

(16) L. 1, C. 7, *De inductionib.*, et le Comm. de Cujas.

(17) L. 2, C. Theod., *De auctorib. procur.*, l. 4, C. Theod., *De collat. fundor. patrim.*, l. 15, C. Theod. *De extraord. muner.*, l. 15, c. 7, *De excusat. muner.*

(18) L. 1, c. 7, *De collat. fundor.*

(19) L. 3, c. 9, *De collat. fundor.* M. Vuy, p. 137. Perezius, sur ce titre du Code, n° 1.

(20) M. Vuy pense que depuis Honorius et Theodosius, les seuls emphytéotes du domaine *rei privatæ* furent affranchis des charges extraordinaires, et qu'il en fut de même par le Code de Justinien (page 141 et note 315); mais la constitution d'Honorius et de Théodosius, qui sert de base à cette opinion de M. Vuy (l. 1, C. *De indict.*), n'est, au jugement de Cujas, qu'une mesure spéciale, et ne porte que sur un impôt temporaire et exceptionnel. D'où il suit que ce jurisconsulte estime qu'il ne faut pas l'étendre aux autres impôts extraordinaires, et le regarder comme une règle générale. Cette constitution ne change donc rien à la législation antérieure. Quant à la loi 5, c. 7, *De privilegiis domûs Augustæ*, elle ne fait que prononcer pour les domaines *rei privatæ* l'exemption portée pour les *fundi patrimoniales* dans le titre *D. collat. fundor. patrim.* « Hæc excusari ab extraordinariis, à sordidis, « à superindictitiis (possessores rei privatæ). » *Idemque de patrimonialibus, traditum est suprà.* (Cujas, sur la loi 1, C. *De privilegiis domûs Augustæ.*) Si on n'adoptait pas ces interprétations de Cujas, il faudrait dire que le Code de Justinien offrirait les plus monstrueuses antinomies.

a montré l'emphytéose que comme exclusivement usitée pour les terres des municipes et les fonds du domaine impérial. On trouve cependant les propriétés des temples louées par de longs baux de 100 ans (1), et même par des baux emphytéotiques (2); mais aucun monument ne nous apprend que de telles conventions aient été pratiquées entre particuliers. Tout semble indiquer que ceux-ci n'y avaient pas recours. Ce n'est qu'en approchant du règne de Zénon, c'est-à-dire de la seconde moitié du cinquième siècle, que l'on commence à voir le contrat d'emphytéose en usage dans les relations civiles des citoyens (3). A cette époque, les moyens ordinaires d'utiliser les propriétés rurales étaient devenus de plus en plus difficiles, et les *latifundia*, concentrés plus que jamais dans un petit nombre de mains, fussent restés improductifs, si l'emphytéose ne fût venue au secours des particuliers embarrassés de leurs richesses; mais, en tombant dans le domaine privé, le bail emphytéotique vit renaître des questions à peu près assoupies depuis Caïus. Tant que les emphytéotes s'étaient trouvés en face du fisc, qu'ils avaient besoin de ménager, ils avaient gardé le silence; mais lorsque la liberté des conventions les eut liés d'intérêt avec de simples particuliers, ils furent plus hardis à élever la voix et à étendre leurs prétentions. De leur côté d'ailleurs, les propriétaires directs, opposant exigences à exigences, multipliaient les petites vexations et les tracasseries (4), afin d'accroître les revenus de leurs terres. Ces conflits ranimèrent de sérieuses difficultés. L'emphytéose est-elle un bail ou une vente? La perte partielle de la chose décharge-t-elle l'emphytéote d'une portion proportionnelle du canon? Par quel retard dans le payement du canon, l'emphytéote encourt-il la déchéance? Peut-il aliéner la chose emphytéosée sans la volonté du propriétaire direct? ou bien, au contraire, ne doit-il pas se soumettre aux redevances que lui impose celui-ci pour lui accorder son consentement?

Zénon trancha les deux premières questions par une constitution devenue fameuse; car c'est elle qui a fait de l'emphytéose un contrat mitoyen entre la vente et le louage (5); d'après cet empereur, l'emphytéose n'est pas une location comme l'avaient voulu Caïus et Papinien (6); car la location ordinaire ne se fait pas à perpétuité, et l'emphytéose est habituellement perpétuelle. D'un autre côté, elle n'est pas non plus une vente; car la vente est une aliénation absolue, et l'acquéreur libéré par le payement devient tout à fait étranger au vendeur. Au contraire l'emphytéose laisse subsister une portion du domaine de propriété dans la personne du concédant, et l'emphytéote reconnaît cette supériorité par le payement d'un canon annuel.

Et puisqu'il n'est pas un simple fermier, il s'ensuit que la perte occasionnée par cas fortuit ne doit pas se régler par les principes en vigueur pour le contrat de louage. Ainsi la perte totale sera pour le compte du propriétaire principal. Mais la perte partielle sera aux risques du preneur, qui ne pourra, de ce chef, demander une diminution de canon.

Telle est la nouvelle physionomie que Zénon donna à l'emphytéose. L'emphytéote y gagnait peu; car la question des cas fortuits était résolue contre lui, et sa condition devenait plus dure qu'elle ne l'avait été dans les siècles précédents.

Justinien arrive, et, par une constitution (7) non moins célèbre que celle de Zénon, et qui joua un bien plus grand rôle dans le moyen âge (8), puisqu'elle fut le point d'appui du fisc des seigneurs pour accréditer et maintenir les *lods* et *ventes*, l'empereur décide aussi en faveur de propriétaire direct la question relative à l'aliénation du domaine emphytéosé; ce point, comme je l'ai déjà dit, était l'objet de prétentions diverses. Aucune règle positive ne fixait l'étendue des droits du bailleur et les obligations du preneur. Justinien voulut que, dans le silence de la convention primitive, le preneur ne pût vendre son droit sans le consentement du bailleur. Mais à cette prescription il apporte sur-le-champ une sage modification; afin que l'emphytéote ne soit pas à la merci du propriétaire, il accorde à celui-ci deux mois seulement pour manifester sa volonté, et ces deux mois partent du jour où la dénonciation du contrat lui a été faite. Si ce temps s'écoule sans que le propriétaire se soit prononcé, le preneur peut passer outre à l'aliénation.

Du reste, dans le cas de vente, le bailleur est investi d'un droit de préférence sur tous les autres acquéreurs, et il lui est permis de prendre, dans les deux mois, la vente pour son compte, en offrant le prix porté au contrat.

Faute par l'emphytéote de dénoncer l'aliénation au propriétaire direct, il encourt la déchéance de son droit.

Enfin, pour récompense de l'approbation que le propriétaire donne à l'aliénation, l'emphytéote doit payer la cinquantième partie du prix ou de l'estimation de la chose, lorsqu'un autre taux n'a pas été fixé par le contrat primitif de concession. Il paraît qu'avant Justinien, certains propriétaires, poussant à l'extrême leurs prétentions à cet égard, pressuraient les emphytéotes par des tributs exagérés. L'empereur règle uniformément le prix de la redevance pour mutation, et met un frein à des abus criants.

J'ai cru devoir présenter un résumé complet de cette constitution, qui a une grande valeur historique. On la retrouve à tout moment dans le régime des fiefs, et elle a été le champ de bataille de disputes infinies entre certaines prétentions de la féodalité et les légistes hostiles aux droits des seigneurs.

Enfin il restait un dernier point à décider. Dans quel temps l'emphytéote encourt-il la déchéance lorsqu'il cesse de payer le canon?

Lorsque l'emphytéose était assimilée à un simple bail, il est très-probable qu'un retard de deux ans suffisait pour faire déchoir le preneur de son droit (9); mais dès l'instant que Zénon eut enlevé à l'emphytéose le caractère d'une location, il fallut une autre règle. Justinien la donna (10). Il étendit les délais en faveur de l'emphytéote et lui accorda trois ans pour prévenir la commise.

Nous avons suivi l'emphytéose dans son berceau, dans ses progrès et ses phases diverses. Son histoire

(1) Niebuhr, p. 188-189 et la note 289.

(2) L. 2. c. 7, *De rei dominicæ*. L. 5, C. Theod., *De loc. fundor. juris emphyt. Junge* M. Vuy, p. 100 et 103.

(3) C'est ce qui résulte clairement des trois lois que l'on trouve au C. de Just. *De jure emphyt.*

(4) Et ne avaritia domini..., quod usque ad præsens tempus perpetrari cognovimus... l. ult. C. *De jure emphyt.*

(5) L. 1, C. *De jure emphyt.*,... Jus emphyteuticarium, neque conductionis, neque alienationis esse titulis adjiciendum, sed hoc jus tertium esse constituimus.

(6) V. ci-dessus.

(7) L. C. *De jure emphyt.*

(8) V. mon article sur l'origine des droits de mutation (*Revue de législation*, t. 10, p. 280, 284).

(9) L. 54, § 1, et l. 56, D. *Loc. cond.* Cujas, sur la Novelle VII.

(10) L. 2, C. *De jure emphyt.*

nous a conduits un peu au delà de la chute de l'empire romain dans les provinces de l'Occident. Voyons maintenant quel rôle ce contrat a joué pendant le moyen âge, en présence des immenses propriétés des seigneurs, des églises et du fisc royal. On le trouve pratiqué de bonne heure dans les Gaules, surtout pour les biens appartenant aux établissements religieux (1), et les Capitulaires classent l'emphytéose perpétuelle parmi les titres d'aliénation (2); elle continua donc à être employée avec le bail à ferme (3) pour féconder des territoires qui seraient demeurés stériles sous l'inerte administration de la mainmorte, ou des grands écrasés de l'immensité de leurs domaines (4).

Mais lorsque la féodalité se fut définitivement constituée sur les ruines du monde romain, lorsqu'elle eut engendré les institutions qui lui furent propres, et qui témoignent de sa puissance, elle absorba le contrat emphytéotique dans les contrats particuliers, dont on lui doit l'invention et la première origine; et, par exemple, les traits de l'emphytéose se confondirent avec ceux des héritages censiers, de telle sorte qu'au jugement de Dumoulin, on ne connaissait presque plus en France de véritables emphytéoses. « De quo ex « solo verbo *emphyteosos* non continuò liquet, *prop.* « *ter naturam ejus exoletam* (5). » Aussi, la doctrine constante de ce célèbre jurisconsulte est-elle que le mot *emphytéose*, employé dans un contrat, ne suffit pas pour lui faire attribuer les caractères et les effets que l'emphytéose véritable avait dans le droit romain; que, dans le doute, on ne doit jamais présumer une emphytéose pure (6) et temporaire (7), et qu'à moins des stipulations les plus expresses et les plus claires, il faut interpréter ce contrat avec les modifications que les mœurs féodales avaient introduites, et qui le rapprochaient singulièrement du bail à cens. Plus tard, un autre feudiste, Fonmaur, disait encore : « Quoique nous ayons adopté le mot d'*emphytéose*, « le vrai est pourtant qu'il n'y a pas de véritable « emphytéose chez nous, mais seulement des baux à « cens (8). »

Expliquons brièvement les motifs de cette altération.

D'après le droit romain, l'emphytéose se distinguait des autres contrats en ce qu'elle avait pour but, soit d'améliorer un héritage stérile, soit de l'augmenter par des constructions et des plantations (9). Nous avons vu que tel avait été le but que les empereurs avaient poursuivi sans relâche.

De plus, elle se signalait dans son exécution par deux circonstances remarquables. La première, que le défaut de payement de la redevance emphytéotique pendant trois ans, faisait cesser le droit du preneur (10); la seconde, que l'emphytéose tombait en commise si le preneur aliénait la chose sans dénoncer le contrat au propriétaire direct, afin que ce dernier pût, dans les deux mois et pour le même prix, demander la préférence sur l'amélioration, s'il le jugeait convenable (11).

Mais quand le droit féodal eut pris possession de la société, et qu'il se fut trouvé en face de cette plaie de la grande propriété qui avait perdu Rome et l'empire, son génie original multiplia les moyens, soit de sous-diviser les terres, soit d'associer les classes indigentes aux bienfaits de la possession du sol. On vit naître tour à tour les baux à fief, les baux à rente perpétuelle foncière, les droits d'usage et de pacage, les baux à cens!! Les baux à cens surtout furent un des contrats les plus fréquents parmi ceux auxquels il donna naissance, et qui soutinrent sa longue domination; c'était une convention par laquelle le maître d'un héritage noble en transportait le domaine utile au preneur, qui le tenait désormais à titre de propriétaire roturier, mais sous la réserve du domaine direct et féodal, et d'une modique rente annuelle appelée cens, et destinée à témoigner de la supériorité du seigneur (12). Ce contrat n'était pas sorti d'une imitation du droit romain; les mœurs féodales l'avaient produit spontanément (13), et, quoiqu'il eût beaucoup de rapports avec l'emphytéose, il en différait cependant par des points essentiels. L'emphytéose avait pour fin spécifique (14) d'améliorer des terres incultes et d'augmenter la richesse agricole du sol. Le bail à cens était plutôt destiné à procurer au seigneur des hommes et des sujets. L'emphytéose ne transmettait au preneur qu'un quasi-domaine, et le bailleur retenait non-seulement la directe, mais encore une partie du domaine utile (15). Au contraire, le bail à cens faisait passer sur la tête du preneur tout le domaine utile; il ne restait au concédant que les droits honorifiques de la propriété et la directe seigneuriale, portion de la puissance publique (16). L'emphytéose tombait en commise par défaut de payement du cens; les censives étaient exemptes de cette peine (17). Enfin l'emphytéote ne pouvait aliéner *irrequieto domino*. Au contraire, le vassal avait droit de disposer librement de la chose accensée, sauf le payement des lods et ventes (18).

Mais ces deux contrats avaient des rapports de ressemblance capitale. C'est que l'un et l'autre laissaient subsister entre le bailleur et la chose baillée un lien de dépendance qui réduisait le droit du bailliste à un domaine imparfait. C'est que, dans le bail emphytéotique comme dans le bail à cens, une prestation annuelle venait témoigner de l'infériorité de position du preneur. C'est enfin que l'un et l'autre contrat faisaient porter la perte totale par le propriétaire direct, et la perte partielle par le détenteur (19).

---

(1) Loi des Lombards, lib. 3, t. 3, c. 4. Capitulaire du 9 février 877 (Baluze, t. 2, p. 241, n° 10, et p. 341, n° 43). Concile de Tours, III, c. 35, dans la troisième addition des Capitul., t. 1, p. 1174, n° 90.

(2) Lib. 2, c. 29, et troisième addition, n° 56, t. 1, p. 1166.

(3) Non liceat christianis judæorum neque paganorum vel hæreticorum res, *emphyteoseos vel conductionis titulo*, habere. Concile de Tours précité.

(4) Aussi Voët disait-il : « Utique, agriculturæ promovendæ causâ, potissimum emphyteusin adinventam constat. (Ad Pand., *Si ager vectig.*)

(5) Sur Paris, § 82, glose 1, n° 10.

(6) Ibid., § 73, n° 43; 37, 42.

(7) Ibid., § 73, n° 29.

(8) N° 120. Duparc-Poullain dit la même chose, t. 3, p. 262; et Despeisses parle de l'emphytéose comme d'une chose identique au bail à cens seigneurial.

(9) Cujas, sur la loi 1, au Code *De jure emphyt.*

(10) *Infr.*, n° 46, et *supr.*

(11) *Infr.*, n° 44.

(12) Coquille, *Instit. au droit français des cens.*

(13) Dumoulin, sur Paris, § 73, n° 22.

(14) Id., ib., n° 30.

(15) *Infr.*, n° 32.

(16) M. Merlin, Répert., v° *Fief*, p. 245, col. 1, in-8°, p. 223. *infr.*, n° 32.

(17) Dumoulin, sur Paris, § 73, n° 22.

(18) Id., *loc. cit.*

(19) Id., *loc. cit.*

Ce voisinage de deux contrats si analogues ne tarda pas à amener de plus intimes rapprochements. D'une part, les seigneurs empruntèrent au régime des emphytéoses l'idée de la redevance dont Justinien avait frappé l'aliénation du domaine emphytéosé (1), et ils transportèrent cette taxe dans les censives, exigeant pour l'approbation du nouvel homme une prestation devenue célèbre sous le nom de *Ventes*, et l'un des principaux produits du fisc des seigneurs (2). D'autre part, les prétentions des suzerains et l'ignorance des vassaux firent confondre avec le cens proprement dit, signe de vasselage, les redevances que payaient les propriétés allodiales elles-mêmes, et l'on finit par regarder comme aveu de la directe seigneuriale toutes les prestations assises sur un fonds quelconque.

Aussi Beaumanoir renfermait-il le franc-alleu dans cette définition restreinte : « L'on appelle alleux ce « que l'on tient sans faire nulle redevance à nul- « lui (3). » Il arriva dès lors un résultat infaillible; c'est que l'emphytéose alla se perdre dans la censive (4). La langue du moyen âge, d'accord avec les faits, le prouve évidemment. Cette langue barbare, qui mutilait les mots (5) et pliait leur sens légitime à des déviations irrégulières, appelait du nom d'emphytéose toutes les concessions quelconques dans lesquelles elle apercevait la réserve de la directe moyennant des redevances annuelles. J'en trouve une preuve entre mille, dans ce fragment d'un vieil écrivain cité par Ducange (6). *Contractus iste* (l'emphytéose) *secundum diversas terrarum consuetudines, diversis nominibus* nuncupatur. Dicitur enim *emphyteusis, precaria, libellus* (7), *census, fictum* (8), et cependant tous ces ténements étaient fort différents les uns des autres (9)! ! On conçoit facilement quelle confusion dut résulter de ces assimilations inexactes. L'expression *emphytéose* devint donc équivoque et trompeuse : *Verbum emphyteusis*, disait Dumoulin, est æquivocum (10); dans l'usage courant, elle signifiait bien plus un bail à cens qu'un bail emphytéotique proprement dit!!

Comme le premier était beaucoup moins sévère dans ses effets que le second, comme il ne connaissait ni la commise pour défaut de payement du canon, ni la confiscation pour vente et aliénation de la chose sans l'assentiment du seigneur, on décida que, dans le doute, on ne devait jamais présumer une vraie emphytéose; *nisi expressè et clarè probetur*, disait encore Dumoulin (11). Il suit de là que l'emphytéose, telle que les Codes de l'empire romain l'avaient réglée, dégénéra rapidement de sa pureté primitive. On ne s'attacha plus à la condition de convertir des terres stériles en terres fertiles, condition si rigoureusement poursuivie par les empereurs, et les fonds les mieux cultivés firent l'objet de contrats appelés baux emphytéotiques. Enfin la commise tomba en désuétude, et le mot d'emphytéose ne fut plus suffisant par lui-même pour faire appliquer les principes du droit romain; il fallut, pour que la commise fût appliquée à la rigueur, que les parties eussent manifesté par les témoignages les plus éclatants leur volonté de rester dans les purs termes du droit et de faire une vraie emphytéose romaine (12).

Au surplus, quoique l'usage du plus grand nombre des provinces identifiât l'emphytéose et la censive, il faut remarquer cependant que lorsque les études eurent débrouillé les incohérences de l'époque féodale, de bons esprits cherchèrent à rendre aux mots leur signification propre, et dans les localités où les coutumes ne s'y opposaient pas, le mot censive s'employait plus à propos quand le fonds objet de la concession était noble, tandis que le mot emphytéose convenait mieux à la concession des fonds roturiers (13).

Mais alors arrivait une sorte d'équivoque; car plusieurs jurisconsultes de mérite crurent pouvoir soutenir que l'emphytéose à perpétuité des biens roturiers n'était pas autre chose qu'un bail à rente perpétuelle. Telle était l'opinion d'Hervé (14) et d'Argou (15). Mais nous verrons plus tard que ce point de vue manquait d'exactitude (16).

32. Maintenant, plaçons-nous moins en dehors de ces diverses méprises, et recherchons les véritables caractères de l'emphytéose dégagée de tout élément féodal et ramenée à son type propre.

En tenant compte des modifications que les usages français lui ont fait subir, nous trouvons qu'on peut en donner deux définitions :

La première, plus étroite, est plus conforme à l'étymologie, d'après laquelle ce contrat doit s'entendre de la concession temporaire ou perpétuelle d'un terrain allodial nu et stérile pour l'améliorer par des constructions et des plantations, sous la réserve d'une modique redevance établie en reconnaissance du domaine direct réservé par le bailleur.

J'ai dit temporaire ou perpétuelle ! ! en quoi je n'ai pas suivi la doctrine de Dumoulin, qui voulait que l'emphytéose proprement dite fût temporaire (17). Les textes du droit romain, loin d'autoriser cette assertion, la repoussent formellement; ils nous montrent l'emphytéose habituellement perpétuelle (18), et ce n'est que très-rarement qu'ils parlent d'emphytéose

(1) Mon art. sur l'origine des droits de mutation (*Revue de législ.*, t. 10, p. 280).

(2) Même article.

(3) Cout. de Beauvoisis, ch. 24, p. 123.

(4) M. Garran de Coulon. Répert. de M. Merlin, v° *Féodalité*.

(5) C'est ainsi qu'on voit dans une charte de 1356, *Emphiotæ* pour *emphyteotæ* (Ducange, à ce mot).

(6) V° *Libellus*.

(7) Dans une charte d'Hugues et Lothaire, rois d'Italie, de 934, on trouve déjà « *per libellum et emphyteusim*.

Ducange donne cette définition du *libellus* : « Charta quâ prædium in emphyteusim conceditur. Hujus contractûs ac pac- « tionis species olim fuit frequens in prædiis ecclesiasticis, » *sub vulgari ac receptâ nomenclaturâ præcariæ et præstariæ* (v° Libellus).

Voyez du reste, sur ce contrat, Cujas, *sur les fiefs*, lib. 1, t. 2, et sur la loi 1, C. *De jure emphyt.* Il montre les différences qui la séparent de l'emphytéose. *Junge* Loyseau, *Dig.*, liv. 1, ch. 4, n° 29. Le mot *libellus* venait de *libella*, petite pièce d'argent.

(8) *Fictum*, ou *afflictum*, census, locatio, pensio, reditus, vectigal fixum ac certum. Nam *fictum* pro *fixum* dixisse veteres observat Salmasius (Ducange, v° *Fictur*).

(9) Cujas, sur la loi 1, C. *De jure emphyt.* Dunod, *Prescript.* p. 345.

(10) Sur Paris, § 73, n° 43.

(11) Id., ibid.

(12) Dumoulin sur Paris, § 73, n° 42. *Infr.*, n° 44, § 82, glose 1, n° 10.

(13) Durand de Maillane, *Dict. de droit canon*, v° *Emphyt.* Hervé, *Mat. féod.*, t. 2, p. 329.

(14) *Mat. féod.*, t. 2, p. 329.

(15) T. 2, p. 297.

(16) *Infr.*, n° 52.

(17) Sur Paris, § 74, n° 29.

(18) Inst., *Loc. cond.*, § *Adeò*. Cujas, Inst., III, 145. Paul, l. 1, D. *Si ager vectig.*, et § 1 de cette loi.

temporaire (1). Mais Dumoulin, faute de bien connaître l'histoire de l'emphytéose, s'était imaginé que, dans l'origine, cette sorte de concession avait été à temps, et que c'est seulement dans la suite et par l'effet d'une sorte de dégénérescence, qu'elle avait été pratiquée à perpétuité (2). Mais cette opinion, quoique souvent répétée (3), n'a pas le moindre fondement historique et légal. Du reste, nous verrons plus tard (4) que, sous le Code civil, il ne peut plus y avoir d'emphytéoses perpétuelles.

J'ai dit : sous la réserve d'une modique redevance; en effet, les altérations dans les monnaies ayant abaissé la valeur des redevances emphytéotiques (5), l'exiguïté du canon devint un des caractères habituels de ce contrat; *certâ modicâ annuâ pensione in recognitionem dominii directi*, disait Dumoulin (6); et cette observation du plus grand de nos feudistes a été constamment répétée par les commentateurs eux-mêmes du droit romain (7), tant ce fait était devenu fréquent et caractéristique!!

La seconde définition qu'on peut donner de l'emphytéose est plus large et plus en harmonie avec les altérations subies par le droit romain. L'emphytéose n'est pas seulement un contrat qui a pour but l'amélioration des terres stériles, c'est encore une convention par laquelle un propriétaire concède à perpétuité ou pour un long temps, un terrain, même productif, à l'effet, par le preneur, d'en jouir moyennant une modique redevance annuelle et de ne pouvoir en être privé par le concédant, qu'en cas de non-payement du canon (8).

Entrons maintenant dans la doctrine du contrat emphytéotique.

Et d'abord quelle est la nature du droit que ce contrat transfère au preneur?

Les auteurs n'étaient pas tous d'accord sur ce point.

D'après quelques-uns, l'emphytéose perpétuelle transférait tout le domaine utile, et retenait pour le propriétaire le domaine direct seulement, tandis que l'emphytéose temporaire n'attribuait au preneur qu'un *jus in re*, un *jus in fundo*, et ne faisait nullement passer sur sa tête ce domaine inférieur en honneur, que les feudistes ont appelé domaine utile. Dumoulin, chaud partisan de cette idée (9), ne se contentait pas de la soutenir avec l'appui des raisons tirées du droit français; il voulait encore fortifier sa distinction par l'autorité des lois romaines qu'il croyait avoir en sa faveur. Mais on retrouve ici l'inexpérience indocile qui signale trop souvent les excursions de Dumoulin dans le domaine du droit romain, et qui faisait dire au président Favre « *quem si Cujaccio conferas, nullus homo est.* » Voici en effet quel était le système de Dumoulin. Dans l'origine, l'emphytéose était temporaire, et c'est à cet ordre de choses qu'il faut reporter les textes qui ne donnent au preneur qu'un *jus in re*, un *jus servitutis* sur le fonds concédé (10). Mais plus tard, l'emphytéose commença à être perpétuelle, et c'est pour cela qu'on voit alors les lois romaines appeler les emphytéotes *fundorum domini* (11)!!! Maintenant, si on lui oppose la loi 1, § 1, D. *Si ager vectig.*, qui, s'occupant d'une concession vectigalienne perpétuelle, prononce cependant d'une manière positive que le concédant n'a pas de droit de propriété, mais un simple *jus in re*; il répond que c'est probablement qu'avant Constantin, les jurisconsultes étaient restés fidèles aux anciennes idées et n'avaient pas encore modifié le langage de leurs prédécesseurs. On le voit, il n'est pas permis de faire plier d'une manière plus audacieuse les lois et les textes à l'esprit de système. En effet, il est tout à fait contraire à l'histoire de prétendre que l'emphytéose a été temporaire dans l'origine. Son état habituel en droit romain a toujours été la perpétuité, ainsi que je l'ai montré ci-dessus (12); et c'est d'emphytéoses bien et dûment perpétuelles, que les jurisconsultes ont parlé lorsqu'ils ont dit que le preneur n'avait qu'un *jus prædii*, un *jus servitutis*. Caïus, d'ailleurs, ne laisse à cet égard aucun doute (13), quand, examinant le caractère de la tenure vectigalienne à perpétuité (*in perpetuum locata*), il la classe parmi les simples locations!!! Du reste, les oppositions de texte que Dumoulin cherchait à concilier par de si pénibles tortures, s'expliquent facilement pour quiconque a suivi l'histoire de l'emphytéose telle que nous l'avons exposée. Qu'y a-t-il d'extraordinaire à trouver des idées diverses sur l'étendue du droit de l'emphytéote, lorsqu'on sait que l'on n'était pas d'accord, avant Zénon, sur la nature de l'emphytéose, et que plusieurs voyaient en elle une sorte de vente!!

Les auteurs qui ont pénétré plus avant que Dumoulin dans les profondeurs du droit romain n'ont attribué à l'emphytéote que le *jus in re*, le *jus prædii*; tel est Cujas (14). Ce jurisconsulte lui refuse le domaine utile. Car en droit romain, le domaine utile est inconnu. Aucun texte n'en parle. « *Quod jus doctores* « *nostri appellant utile dominium, sed perperam*, « NULLUM EST DOMINIUM UTILE; *omne dominium est di-* « *rectum*, et est proprietas rei, vel jus ejus, quo quis « fretus rem suam propriam esse asserit; » l'emphytéote n'a que le quasi-domaine, et ce quasi-domaine lui appartient, soit que l'emphytéose soit perpétuelle, soit qu'elle soit temporaire (15). Il est vrai qu'il a l'action utile pour obtenir certains avantages que donne le droit de propriété; mais, à moins de changer le langage juridique (*ne mutemus verba juris auctorum*), on ne saurait dire que, parce qu'il a l'action utile, il a le domaine utile. C'est comme si l'on prétendait que celui qui a l'action utile hypothécaire, a l'hypothèque utile (16)!!! Telle est la doctrine de Cujas, et pour la confirmer on peut ajouter que les constitutions du Code de Justinien qui ont donné à l'emphytéose son caractère définitif, sont si éloignées de considérer l'emphytéote comme ayant le *dominium*, qu'elles l'opposent perpétuellement au propriétaire, *rei domino* (17).

---

(1) Paul, l. ult., M. *Si ager vectig.*, Nov. VII, c. 3. Nov. CXX, c. 1, 6.

(2) Sur Paris, § 73, n° 29; § 78, glose 4, n° 14.

(3) Par Loyseau, par ex.; des Rentes, liv. 1, ch. 4, n° 27.

M. Duvergier a suivi, de confiance, ces auteurs (*Louage*, t. 1, n° 146).

(4) *Infr.*, n° 50.

(5) *Infr.*, n° 34, j'établis ce point.

(6) § 73, n° 29.

(7) *Infr.*, n° 36, ce que dit Doneau.

(8) Doneau, *Comm.*, lib. 9, c. 13, n° 3. Cujas, sur le C. *De jure emphyt.*, loi 1. Dumoulin, § 73, n° 33.

(9) Sur Paris, § 98, glose 4, n°s 14 et 15.

(10) Paul, l. 1, § 1, D. *Si ager vectig.* Ulpien, l. 3, § 4, D. *De reb. eor.* Julianus, l. 86, § 4, D. *De leg.*, 1°.

(11) Valens, Grat. et Valent., l. 4, C. *De fundis patrim.* Valent., l. 5, C. *De diversis prædiis.*

(12) N° 31.

(13) Inst., *Comm.*, III, 145.

(14) Sur la loi 74, D. *De rei vindic.* Pauli, *Ad edict.*, lib. 21. *Junge* Doneau, IX, 13, § 1, 2, 3, et M. Vuy, 1, 208, 209.

(15) Emphyteusis *quasi dominium* tribuit seu sit perpetuaria, seu temporaria. Ap. tit. Cod. *De jure emphyt.*

(16) Sur la loi 74 précitée.

(17) L. 1, 2, 3, C. 7, *De jure emphyt.*

Mais maintenant, si du point de vue du droit romain, nous passons au droit français, en sera-t-il autrement? Je sais que la distinction du domaine direct et du domaine utile, inconnue sous l'empire des lois romaines (1), était passée dans notre droit à la suite des feudistes et de canonistes (2), qu'elle y était devenue usuelle, fondamentale, et qu'on la trouve partout. Mais est-il vrai que l'emphytéote eût tous les avantages attribués au propriétaire du domaine utile? Pour résoudre cette difficulté, il faut s'entendre sur ce que l'on appelle le domaine utile.

Dans le sens propre et exact, le domaine utile, c'est la propriété même de l'héritage, de telle sorte que le seigneur utile est le vrai propriétaire de cet héritage (3). Quant au domaine direct, c'est le domaine ancien, originaire, qui, par le démembrement du domaine utile, n'est autre chose qu'un domaine de supériorité, qu'un droit particulier d'exiger certains devoirs récognitifs (4). Telle est la doctrine de Dumoulin, qui, dans les matières du droit français, reprend une revanche si éclatante. « Cæterum in idio« tismo nostro, *dominus directus*, etiam quem « proprié et strictè *très-foncier* vocamus, *non dicitur* « *proprietarius;* sed vox *proprietarii*, apud nos, « *pro ultimo domino duntaxat, sive pro possidente jure* « *dominii etiam utilis, tantum* USURPATUR (5). » Les mêmes idées ont été plus tard enseignées par Pothier (6).

Cependant il faut convenir que, dans l'usage, le domaine utile s'entend quelquefois du simple droit de percevoir les fruits de la chose, tandis que les autres attributs de la propriété restent attachés au domaine direct. On trouve un exemple entre mille de cette signification restreinte et impropre dans les écrits de quelques feudistes et notamment dans un passage d'Hervé que je citerai dans un instant.

Maintenant arrivons à notre question. L'emphytéote a-t-il le domaine utile, c'est-à-dire la propriété de la chose, comme le veulent Dumoulin et Pothier, sauf la reconnaissance d'un domaine direct?

A l'égard de l'emphytéote à temps, le doute n'est pas permis : Dumoulin lui-même convenait que l'emphytéote n'avait pas ce *dominium utile;* et si certains jurisconsultes sont allés quelquefois jusqu'à le lui donner, c'est que, dans leur pensée, le domaine utile n'était pas autre chose que le droit de percevoir les fruits. C'est en ce sens que s'explique Hervé (7). « Le « bail emphytéotique temporaire ne transfère pas la « propriété pour le temps de sa durée. Car il ne trans« fère que la propriété utile. Or on a beau subtiliser, « on a beau distinguer entre la propriété directe et la « propriété utile, cette dernière propriété n'est que « le droit de percevoir les fruits, et *n'est pas une vé*« *ritable propriété;* il n'y a de vraie propriété que celle « du fonds. » C'est aussi en ce plaçant à ce point de vue qu'il faut entendre ce que j'ai dit dans mon Commentaire des *Hypothèques* (8), que l'emphytéose renferme une aliénation temporaire du domaine utile. Je ne me suis peut-être pas servi des expressions les plus exactes. Mais enfin je trouve mon excuse dans un usage qui n'est pas sans autorité (9).

Quant à l'emphytéote perpétuel, si le domaine utile devait se prendre dans le sens détourné et restreint dont je viens de parler, il est évident que son titre l'en investirait; car il peut assurément prétendre aux mêmes droits que l'emphytéote à temps. Mais si nous rendons au domaine utile la signification large et compréhensive qui lui appartient, il nous sera impossible de croire que l'emphytéose perpétuelle le fasse passer tout entier sur la tête du preneur. Dumoulin a pu soutenir le contraire, alors que l'influence des idées féodales faisait presque généralement confondre les emphytéoses perpétuelles avec les héritages censuels (10). Mais nous, qui cherchons précisément à dégager l'emphytéose des éléments qui l'absorbaient dans l'ancien régime, nous qui voulons la retrouver dans son état normal, nous ne saurions attribuer à l'emphytéote les droits de propriété dont le bail à cens investissait le vassal. Nous verrons, en effet, que l'emphytéote n'a pas le droit d'user et d'abuser, qu'il ne peut profiter des mines et carrières, que son droit au trésor est fort contestable (11), etc., etc. Ce sont là des restrictions qui ne s'harmonisent pas avec le vrai domaine utile, tel que le définissait Dumoulin; avec ce vrai domaine utile qu'avait le propriétaire de l'héritage censuel et qui ne laissait au seigneur direct que des droits honorifiques (12). Quand certains écrivains modernes ont cru retrouver dans l'emphytéose cette espèce de propriété (13), ils se sont laissé égarer par une fausse application de l'autorité de Dumoulin (14).

---

(1) Dumoulin en convenait. Sur Paris, § 78, glose 4, n° 5.
(2) Id.
(3) Pothier, *Propriété*, n° 3, *in fine*.
(4) Id., ibid.
(5) Sur Paris, § 68, glose 4, n° 4.
(6) *Loc. cit.*
(7) T. 2. p. 329 et suiv.
(8) T. 2, n° 405.
(9) Un arrêt de la Cour de cassation, du 1er avril 1840 (chambre civile), a décidé par voie de cassation, « que l'emphytéose à « temps (99 ans), est, *sous le code civil*, une *aliénation tempo*« *raire de la propriété;* que le preneur possède, *comme proprié*« *taire*, l'immeuble qui lui est transmis; que le bail emphytéoti« que *est réellement translatif de propriété*, et, par conséquent, « soumis au droit proportionnel établi sur tous les actes qui sont « de nature à opérer *une translation de propriété de biens im*« *meubles.* » Cet arrêt a été l'objet de vives critiques (Sirey, 40, 1, 433. Championnière, *Contrôl. de l'enregistr.*, t. 6, p. 113, n° 5715). Il se sert, en effet, de certaines expressions que l'emphytéose temporaire doit être bien étonnée de se voir appliquer!!! Un autre arrêt du même jour, émané de la même chambre, assimile aussi l'emphytéose à une transmission d'immeubles, et la déclare passible des mêmes droits de mutation. Mais les motifs en sont beaucoup réservés. Ils se bornent à dire que, *dans l'ancien droit*, l'emphytéose transportait *une portion de propriété*, appelée *domaine utile* (Sirey, *loc. cit.*, et Championnière, t. 6, p. 146, n. 5744.

Du reste, de la comparaison de ces deux arrêts, il semble résulter que, dans la pensée de la chambre civile, le bail emphytéotique a pris, sous le Code civil, qui (comme on le verra plus tard) garde le silence le plus complet sur ce contrat et doit tout au moins se combiner avec la législation de la révolution, qui n'admet que des emphytéoses temporaires, un caractère plus absolu et plus indépendant que dans l'ancien droit, qui autorisait des emphytéoses à perpétuité!!! Au reste, quelle que soit la décision des deux tribunaux saisis de la question par suite de la cassation, il faut reconnaître que, si le premier arrêt de la chambre civile laisse beaucoup à désirer sous le rapport de la rédaction, il peut se défendre, sous le rapport de la décision, par des raisons meilleures et plus juridiques. Et néanmoins, il sera trouvé bien sévère par tous ceux qui pensent que la loi fiscale ne doit pas être étendue par de simples analogies!!!

(10) V. ce que nous avons dit ci-dessus de cette confusion.
(11) *Infr.*, n° 38.
(12) Pothier, *Sur Orléans*, introd. au t. 2, n° 1. Dunod, p. 345.
(13) M. Duvergier, t. 1. n° 145.
(14) Les biens appartenant à des corporations ecclésiastiques dans les ci-devant Pays-Bas autrichiens, et spécialement dans la

De tout ceci, je conclus que le plus sûr serait de ne pas parler de domaine utile en cette matière et de dire, avec Cujas (1), que l'emphytéote n'a qu'un *quasi-domaine*, ayant, du reste, la même étendue, soit que l'emphytéose soit perpétuelle, soit qu'elle soit constituée à temps.

33. Continuons à nous occuper des principes qui gouvernent le contrat d'emphytéose (2).

Il diffère du contrat de superficie dont nous avons parlé ci-dessus (3), en ce que celui-ci ne donne droit qu'à la superficie, tandis que le droit de l'emphytéote s'étend au fond et à la superficie *et in universo prædio* (4). Si je vous loue un terrain pour soixante ans afin que vous y bâtissiez, je vous concéderai un droit de superficie qui fait que pendant toute la durée du contrat vous serez maître de la maison (5), mais vous ne serez que superficiaire; car vous n'avez droit qu'à la maison qui forme la superficie du terrain. Mais si je vous donne une terre inculte pour que vous l'amélioriez par tous les assolements, plantations, constructions, défrichements que vous voudrez, je vous concéderai plus que le droit de disposer de la superficie; vous aurez un droit sur le sol; vous serez emphytéote. « Superficiarius (je laisse parler Cujas) accipit solum *ut superædificet*; emphyteuta ut aret, « colat, serat, plantet. Superficiarius habet jus in superficie, emphyteuta in solo (6). »

Cette nuance entre l'emphytéose et la superficie n'est pas une vaine abstraction. Elle produit de graves conséquences, que Doneau a très-bien aperçues. En effet, le droit de superficie s'éteint par le changement survenu dans la superficie du sol, tandis qu'un pareil changement ne met pas fin au droit de l'emphytéote. La raison en est que le premier n'a contracté que pour la superficie que la convention a eue en vue; d'où il suit que si cette superficie est changée, le contrat est dissous, *interitu rei*. Au contraire, l'emphytéote ayant stipulé pour le fonds même, le contrat doit subsister tant que le fonds ne périt pas (7).

34. D'après le droit romain, la redevance qui portait indifféremment les noms de *vectigal*, de canon, était, pour le propriétaire, une source de revenus. Nous en avons vu la preuve dans les règlements des empereurs pour fixer les époques de payement des redevances en denrées et en or (8). Il en fut très-certainement de même après la dissolution de l'empire romain. Car les sols et les deniers que l'on trouve dans les anciens contrats d'emphytéose, à titre de canon, avaient, sous les rois de la première race, une valeur considérable (9). Dans les lois des Bourguignons, en effet, le meilleur cheval est estimé 10 sols; le bœuf 2 sols; la vache, le porc, le mouton 1 sol; et dans celle des Saxons, 1 sol est le prix de 30 mesures de seigle, de 40 mesures d'orge, de 60 mesures d'avoine (10)! Il est évident dès lors que les canons en sols et deniers qui nous paraissent si minimes aujourd'hui, devaient à cette époque représenter la valeur des fruits des héritages emphytéosés.

Mais peu à peu ces monnaies, qui étaient d'abord d'or et d'argent, subirent des altérations; les sols et les deniers furent même convertis en cuivre. Les redevances devinrent dès lors de nulle importance (11), et n'ayant plus aucun rapport avec la valeur des fruits, on s'accoutuma à les regarder comme de simples aveux de la supériorité du bailleur et *non pour avoir profit qui ait quelque proportion aux fruits de l'héritage* (12). C'est également ce qui arriva aux cens seigneuriaux (13).

Et comme ce qui est d'usage dans les contrats finit tôt ou tard par se convertir en loi, il arriva que les jurisconsultes, frappés de l'exiguïté des prestations qu'ils rencontraient dans tous les anciens titres et qui par habitude se reproduisaient dans les nouveaux, crurent et firent décider que le canon emphytéotique devait être de sa nature modique et hors de proportion avec la valeur de la jouissance de l'immeuble. Doneau en fait la remarque : « *Sic vocatur ea* pensio « quæ eo nomine præstatur domino, *non ut aliæ* « *quæ præstantur pro usu rerum locatarum, sed ut* « *solent vectigalia publica pro rebus quæ alioqui nos-* « *træ sunt* (14). » Cette observation a été faite par Velascus (15), par Voët (16), par Dumoulin (17), par Argou (18); en un mot, par les jurisconsultes de toutes les écoles. Hilligerus (Osuald), annotateur de Doneau, l'a formulée en ces termes remarquables et énergiques : *Pensio constituitur non pro mercede*, IN QUO DIFFERT A LOCATIONE, *sed in recognitionem dominii* (19). J'insiste sur ce point, parce qu'il est capital et qu'il montre entre le bail et l'emphytéose une grave différence inconnue du droit romain et introduite lentement par les mœurs du moyen âge; différence qui fait mieux ressortir le caractère de l'emphytéose, sorte d'aliénation, surtout quand elle est perpétuelle, et du bail, qui au contraire n'est qu'un moyen de retirer de la chose la plus grande somme de produits.

C'est donc pour cette raison que les contrats d'emphytéose n'imposèrent dans le moyen âge et depuis, que des prestations très-peu élevées, et consistant assez ordinairement en un sou, un chapon, une geline (vieux mot français, que la langue moderne a abandonné pour lui substituer le triviale expression, poule) (20). Il est si vrai que dans les idées admises depuis des siècles, la redevance est moins un revenu équivalent aux fruits qu'un aveu de la directe, que le Code hollandais contient à ce sujet une disposition tout à fait expresse. « L'emphytéose, dit-il, est un

province de Hainaut ne pouvaient être donnés à bail emphytéotique, soit perpétuel, soit à long terme, soit enfin pour un terme excédant neuf ans, sans observer les formalités requises pour l'aliénation de leurs biens immeubles. — 28 mai 1817, c. de Br., J. de B., 1817, 1. 155. — *Secus* en Brabant, Brux. 12 févr. 1810, Déc. not., t. 20, p. 118. (*Édit. belge.*)

(1) *Junge* Dunod, *Prescript.*, t. 1, p. 339.

(2) Les principes qui régissent ce contrat et celui de superficie ont été décrétés dans la loi du 10 janvier 1824, rendue exécutoire dans le royaume des Pays-Pas, à partir du 1er janvier 1825. (*Édit. belge.*)

(3) No 20.

(4) Cujas, sur la loi 74, D. *De rei vind.*

(5) Dunod, *Prescript.*, p. 339.

(6) *Loc. cit.*

(7) Doneau, lib. 9, c. 18, no 1.

(8) Patrimoniales fundos... AURI *speciem* et *frumenti plurimus modus*, constet persolvere, l. 1, C. Theod., *De extraord. muner.*

(9) Leblanc, *des Monnaies*, ch. 1.

(10) Dunod, *Prescript.*, p. 341.

(11) Argou, t. 1, p. 146. D'Olive, l. 2, ch. X. Dunod, *loc. cit.* Montesquieu, *Espr. des lois*, l. 31, ch. 33.

(12) Coquille, *Inst. au droit français* DES CENS.

(13) Argou et Dunod, *loc. cit.*

(14) L. 9, c. 13, no 51.

(15) *Si ager vectig.*, no 16. « Ad perpetuam dominii memoriam, dit-il !!!

(16) Quæst. 1, no 15, *De jure emphyt.*

(17) *Supr.*, no 32.

(18) T. 2, p. 255.

(19) Sur Doneau, *loc. cit.*

(20) Le mot *geline* est encore employé dans le patois lorrain.

« droit réel qui consiste à avoir la jouissance d'un « immeuble appartenant à autrui, sous la condition « de lui payer une redevance annuelle, soit en ar- « gent, soit en nature, *en reconnaissance de son « droit de propriété* (1). »

Les auteurs nous apprennent cependant que les canons furent quelquefois augmentés par les nu-propriétaires, de manière à former un produit net et lucratif, calculé sur l'importance des fruits perçus par le preneur (2); dans ce cas, le bail emphytéotique se rapprochait beaucoup du contrat de bail ordinaire fait à longues années. Aussi de graves auteurs voulaient-ils qu'en cas de perte partielle de la chose, la prestation annuelle fût diminuée proportionnellement, comme le loyer et le fermage (3).

35. Voyons comment s'établissait l'emphytéose et pour quelle durée. On pouvait créer une emphytéose par contrat, même par acte de dernière volonté (4). Ce droit pouvait aussi être acquis par prescription (5); ce qui avait lieu, soit que le détenteur eût possédé la chose d'autrui comme emphytéote; soit qu'il eût possédé sa propre chose au même titre en payant à un tiers un canon annuel, et en lui imprimant ainsi la qualité de maître de la directe; soit qu'il eût acquis l'emphytéose *à non domino*, en vertu d'un titre translatif de propriété (6).

Ainsi donc si un individu avait possédé, pendant 30 ans, un immeuble en payant uniformément un canon annuel, on décidait qu'au bout de ce temps, le propriétaire n'avait pas le droit de l'expulser pourvu qu'il fût prêt à continuer la prestation. Cependant les circonstances pouvaient singulièrement modifier ce point. Il fallait interroger avec soin les faits de jouissance, la nature de la prestation, afin de voir si celui qui se prétendait emphytéote n'était pas un simple bailliste. Sans quoi on eût rendu tous les baux à ferme perpétuels.

36. L'emphytéose pouvait s'asseoir sur un héritage rural, ou même sur un édifice (7); les moulins étaient surtout concédés par ce genre de contrat.

37. Tantôt il était créé à perpétuité, c'était le cas le plus ordinaire, comme nous l'avons vu ci-dessus, dans l'exposé historique du droit d'emphytéose; tantôt il était établi pour 99 ans. C'était la durée habituelle des baux emphytéotiques consentis par les églises. Enfin, il pouvait être concédé pour un moindre temps; mais il était nécessaire qu'il embrassât une longue série d'années (8). Constitué ordinairement pour améliorer un héritage, il fallait que le preneur trouvât, dans sa longue jouissance, l'indemnité de ses avances et de ses travaux.

38. Voyons les droits de l'emphytéote sur la chose: ils étaient fort étendus. Le quasi-domaine, dont son contrat l'investissait (9), lui permettait de profiter, indépendamment des fruits, de la chasse, de la pêche, de l'alluvion (10).

Mais, plus favorisé que l'usufruitier, pouvait-il réclamer le trésor? Voët soutient l'affirmative; mais cette solution est fort douteuse à mes yeux, et de graves jurisconsultes l'ont repoussée en se fondant sur ce que l'emphytéote n'a pas le domaine de propriété, qui est la source du droit au trésor (11).

Au surplus, la question a été résolue dans l'un et l'autre sens par les deux Codes hollandais et napolitain, qui, mieux qu'aucun autre, se sont occupés de formuler, dans ces derniers temps, les principes de l'emphytéose. Le Code hollandais (12), adoptant de préférence la doctrine de Voët, donne à l'emphytéote tous les droits attachés *à la propriété du fonds*. (art. 768); c'est dire implicitement que le trésor lui appartient. Le Code des Deux-Siciles, au contraire, plus rapproché de notre sentiment, se prononce de la manière suivante (art. 1686): « Cependant, le trésor « qui se trouvera dans le fonds appartiendra en pro- « portions égales à l'emphytéote et au propriétaire « direct, sauf le droit de celui qui l'aura découvert, « aux termes de l'art. 636 (13). »

Quant aux mines et aux carrières non ouvertes, l'ancienne jurisprudence, même celle qui était la plus favorable à l'emphytéote, ne l'investissait pas du droit de les fouiller (14); et Voët conciliait cette opinion avec celle qu'il avait émise sur le trésor, en disant que, l'emphytéote ne prenait la chose qu'à la condition de l'améliorer ou tout au *moins de ne pas la rendre en plus mauvais état*, et que c'eût été appauvrir le fonds que d'en extraire les produits dont il s'agit. Ici donc l'emphytéote était assimilé à l'usufruitier. C'est encore ce que fait le Code hollandais, dont l'art. 768 est ainsi conçu: « Il lui est défendu d'en extraire des « pierres, de la houille, de la tourbe, de l'argile « et autres matières semblables faisant partie du « fonds, *à moins que l'exploitation n'en ait déjà « été commencée à l'époque de l'ouverture de son « droit.* »

Remarquez au surplus, avec soin, la règle de Voët, que l'emphytéote ne peut détériorer le fonds. Elle répond suffisamment à la question de savoir s'il pouvait changer la superficie. Oui! il pouvait se permettre les modifications superficiaires, dont le fonds n'était pas altéré, et c'est encore ce que décide l'art. 1686 du Code des Deux-Siciles; mais les changements aggravants tels que démolition de maisons, abatis de futaie et autres actes qui diminuaient la richesse et la valeur de la chose, tout cela était en dehors de son pouvoir; si la jurisprudence s'est quelquefois écartée de cette règle, c'est dans des cas où l'emphytéose se confondait avec le bail à fief ou à cens. Il me semble que M. Duvergier n'a pas fait assez d'attention à cette nuance (15).

Parmi les droits de l'emphytéote, je crois inutile de rappeler, après ce que j'ai dit de l'histoire du bail emphytéotique, qu'il a l'action possessoire contre

(1) Art. 767. Voyez la *Concordance des Codes*, par M. de Saint-Joseph, p. 143.

(2) Voët, *loc. cit.*, n° 116.

(3) Voët, *loc. cit.* Fabre, *Cod.*, lib. 4, t. 43; def. 36. Fachin était d'opinion contraire (*Cout.*, lib. 1, c. 89). *Infr.*, n° 43.

(4) Voët, *Si ager vectig.*, n° 4. M. Blondeau. *Chrest.*, p. 398.

(5) Arg. de la loi *Ult.* in fin., C. *De præscript. longi temporis.* M. Blondeau, *loc. cit*, p. 398. Despeisses, *Des droits seigneuriaux*, art. 4, *des droits de l'emphyt.*, t. 3, p. 213, col. 1, n° 10.

(6) Arg. des lois 15, § 26 et 27, D. *De damno infecto*, Voët, ad Pand., *Si ager vectigal.*, n° 4.

(7) Nov. VII, c. 3, § 2. Nov. CXX, c. 1, § 2. M. Vuy, p. 170.

(8) Cujas, sur la loi 74. D. *De rei vindic.*, l. 21. *Pauli ad ediet.* Vinnius, *sur les Inst.*, liv. 3, t. 25, § 3. Godefroy, sur la loi 3, D. *Si ager vectig.* M. Duvergier, t. 1, n° 149. *Supr.*, n° 32.

(9) *Supr.*, n° 32.

(10) Voët, n° 11. M. Duvergier, n° 161. Despeisses, t. 3, p. 111, n° 4.

(11) M. Vuy, p. 171, et MM. Thibaut et Warnkœnig, cités par lui.

(12) V. *la Concordance* de M. Anthoine de St.-Joseph, p. 144.

(13) Id., p. 145. Le Code prussien en fait un usufruitier (id., p. 94).

(14) Voët, n° 11. Dumoulin, § 74, glose 2.

(15) N° 180.

les tiers et même contre le véritable propriétaire (1); que l'action réelle lui appartient aussi.

Nous examinerons plus tard (2) si l'ancienne jurisprudence lui permettait de vendre, d'hypothéquer, de constituer des servitudes.

39. L'emphytéote supportait toutes les charges de la propriété, ainsi que les impôts (3), à moins que l'importance du canon ne donnât lieu de croire qu'il avait été dans l'intention des parties d'en partager le poids entre le bailleur et le preneur. Dans ce cas, l'équité empruntait les règles du bail pour alléger la condition de l'emphytéote (4).

Du reste, la loi du 1er décembre 1790 (t. 2, art. 6) alla plus loin ; l'impôt foncier venant d'être établi sur de nouvelles bases, le législateur voulut faire concourir au payement des contributions publiques tous les propriétaires quelconques, même ceux qui ne recevaient des prestations foncières qu'en reconnaissance de leurs droits. Elle autorisa donc les débiteurs de ces prestations à faire sur le payement annuel une retenue proportionnelle à la contribution, à moins que le bail ne contînt la condition de la non-retenue des impôts par le preneur (5). Cette retenue fut fixée ultérieurement d'abord au quart, ensuite au cinquième (6). L'état actuel des choses est donc que, de droit et à part toute convention, l'emphytéote est tenu des impôts, sauf le cinquième, qui reste à la charge du propriétaire. Cette dernière restriction n'existe pas dans le Code hollandais, qui oblige l'emphytéote à supporter toutes les impositions établies sur le fonds, soit ordinaires, soit extraordinaires (art. 774) (7); il en est de même dans la législation napolitaine (art. 1687) (8).

40. Le bail emphytéotique périssait par l'expiration du temps pour lequel il avait été concédé, ou par l'extinction de la famille ou du degré appelés à en profiter (9).

La tacite réconduction n'était pas applicable en matière d'emphytéose. Ce contrat opérait un démembrement trop grave de la propriété pour qu'on étendît jusqu'à lui la rénovation tacite dont le propriétaire n'éprouve dans le simple bail à ferme presque aucune incommodité (10). Le Code hollandais a sanctionné dans son art. 779 cette règle de l'ancien droit.

41. Lorsque la chose périssait en totalité, l'emphytéose s'éteignait, et le preneur était déchargé du payement du canon; on a vu ci-dessus que, depuis Zénon, ce point avait été décidé d'une manière irrévocable. Le Code napolitain a suivi dans son art. 1688 une si sage décision, et la même règle est encore adoptée par le Code hollandais (art. 783 et 765).

Mais si la chose ne périssait qu'en partie, par exemple, si la maison bâtie sur le fonds était incendiée, le canon ne devait pas être proportionnellement diminué ; le sol qui restait continuait à servir d'assiette à la redevance; on pensait néanmoins que le preneur pouvait prétendre à une réduction dans le cas où le canon avait été fixé à tant par arpent; ou bien si, pour en déterminer l'étendue, on avait eu égard aux produits naturels et industriels de la chose. Comme dans ce dernier cas, le canon était représentatif des revenus de la chose, on recourait aux règles équitables suivies en matière de baux (11).

42. Si la partie restante du fonds concédé ne produisait plus des fruits suffisants pour payer le canon, le preneur avait le droit de délaisser la chose pour le total (12). Il en était autrement toutefois dans les emphytéoses concédées par le fisc, ou bien si la perte avait eu lieu par la faute de l'emphytéote (13). Que si le preneur expulsé par un usurpateur n'avait pas réclamé sa réintégration, et que, privé de la perception des fruits par cette usurpation, il demandât la diminution du canon, il n'y était pas admis. C'était sa faute s'il n'avait pas usé de son droit (14).

Sur tout ceci, voici, au reste, ce que nous lisons dans le Code napolitain (15) : « Si le fonds n'est détruit qu'en partie, il ne peut prétendre à aucune « diminution de la rente, *pourvu que le produit de la « portion restante suffise à son entier payement.* Dans « ce cas, toutefois, si une portion considérable du « fonds a péri, il sera loisible à l'emphytéote de « renoncer à son droit en restituant le fonds au pro- « priétaire direct. »

43. La remise du canon ne pouvait être réclamée pour cause de stérilité extraordinaire, ou d'invasion, ou de charges insolites, imposées par l'État (16), à moins toutefois, disait Voët (17), que le canon ne fût proportionné aux fruits ; tempérament fort équitable que repoussait Fachin (18), et que n'adopte pas M. Duvergier (19), mais qui me semble sortir naturellement des clauses du contrat, qui, au moyen d'une élévation de canon contraire aux habitudes de l'emphytéose moderne, mélangent ce contrat de l'élément d'un bail à ferme.

Si l'invasion ennemie avait eu pour résultat d'expulser tout à fait l'emphytéote, cette circonstance de force majeure était assimilée à la perte totale de la chose (20). Voilà pourquoi le Code hollandais porte (art. 776) : « Si la privation totale de la chose a duré « pendant cinq années consécutives, il lui sera dû « une remise. »

44. Nous avons vu ci-dessus que, d'après les lois de Justinien, l'emphytéose périssait par commise, lorsque l'emphytéote aliénait la chose sans en informer le propriétaire (21). J'ai dit ailleurs combien cette disposition législative eut d'influence dans le droit féodal, et quel parti le fisc des seigneurs sut en tirer pour étendre les profits sur les mutations (22). Mais,

---

(1) Carondas, *Repons.*, l. 7, c. 173. Cassat., 26 juin 1822 (s. 22, 1, 362). *Infr.*, n° 50.

(2) *Infr.*, 44-45.

(3) M. Dall., v° *Impôt*, p. 468, n° 8, in-8°, p. 8, n° 8, et *Louage*, p. 945. in-8°, p. 60, n° 12.

(4) Voët, n° 12.

(5) Cassat., 2 ventôse an XII (Dall., *Louage*, p. 946.

(6) Lois des 3 frimaire an VII, 11 frimaire an VIII, et avis du conseil d'État du 4 janvier 1809.

(7) *Concord.* de M. de St.-Joseph, p. 144.

(8) Id., p. 145.

(9) Voët, n° 14.

(10) Id., n° 15. Fachin, *Controv.*, lib. 1, c. 84.—Colmar, 6 août 1820. Dall., *Louage*, p. 944.

(11) Voët, n° 16. Favre, C. lib. 4, t. 43, def. 36.—*Contrà*, Fachin, lib. 1, c. 89.

(12) Fabre, *Cod.* lib. 4, t. 43, déf. 11 et 36. Tiraq., *De retract. gentil.*, § 34, glose 1, nos 3 et 4. Voët, n° 17. Loyseau, *Déguerp.*, liv. 4, c. IX, nos 3 et suiv.

(13) Voët, n° 18. Favre, C. lib. 4, t. 43, def. 37, n° 7, et def. 33.

(14) Voët et Favre, *loc. cit.*

(15) Art. 1688 (*Concord.* de M. de Saint-Joseph, p. 145).

(16) Zénon, l. 1, C. *De jure emphyt.* V. Code hollandais, art. 776 (*Concord.*, p. 145).

(17) N° 19. *Supr.*, n° 34. Favre, C. lib. 4, t. 43, def. 36. Vinnius *Inst.*, *loc. cond.*, § 3.

(18) *Cont.*, lib. 1, c. 89.

(19) N° 165.

(20) Fachin, *Cont.*, lib. 1, c. 90. Voët, n° 20.

(21) L. ult. C. *De jure emphyt.*

(22) V. mon article sur l'origine des droits de mutation. *Revue de législ.*, t. 10, p. 280.

au témoignage de Voët, elle n'était plus observée dans plusieurs États modernes (1). La France était-elle du nombre? L'emphytéote pouvait il aliéner, sans avoir prévenu au préalable le propriétaire, et sans lui avoir présenté le marché pour le même prix qu'offrait l'acquéreur? M. Merlin, donnant dans un de ses plaidoyers la définition de l'emphytéose, range parmi les conditions inhérentes à ce contrat la défense d'aliéner, sans avoir offert au propriétaire la préférence sur le futur acquéreur (2). M. Duvergier croit, au contraire, que cette condition n'avait plus d'existence dans notre ancienne jurisprudence (3), et il cite Despeisses (4), Dumoulin, Argou, Carondas, etc. Et en effet, Dumoulin s'exprime en ces termes : « Ut « enim feuda vassallis, ita censualia censuariis sunt « patrimonialia; *dominis irrequietis liberè alienabilia* « *in toto regno; idem* ETIAM DE VERA EMPHYTEOSI, *ex* « *consuetudine generali* (5). » Mais il faut convenir cependant que Dumoulin semble atténuer dans d'autres parties de son savant ouvrage l'autorité de cette assertion. Ainsi, par exemple, je vois qu'après avoir combattu Bartole, qui avait prétendu étendre au contrat superficiaire la constitution de Justinien; après avoir réfuté Angelus, qui, allant plus loin encore par une extension inadmissible, voulait la faire peser sur les baux à cens, il ajoute : « Commissum de quo « in l. 2 et ult. C. de jure emphyt., non habet locum, « nisi IN VERA EMPHYTEOSI, et in re quam constat clarè « ad onus et conditionem emphyteoticam concessam (6). » Pour concilier ces deux opinions diamétralement opposées, il n'y a qu'une chose à dire, c'est que, dans ce dernier cas, Dumoulin n'a voulu parler que de la portée de la loi romaine, abstraction faite des modifications par lesquelles l'usage l'avait altérée, tandis que, dans le premier, il combine cette loi avec les habitudes françaises.

Après tout, on ne doit pas s'étonner si, dans la pratique, la constitution de Justinien était tombée en désuétude. L'assimilation de l'emphytéose avec le bail à cens, qui ne connaissait pas la commise, avait dû faire insensiblement profiter celle-là du bénéfice de celle-ci.

Je pense donc, avec M. Duvergier, que la commise et le droit de préférence ne pouvaient être exigés à la rigueur dans notre ancien droit français. Le Code hollandais (7), d'accord avec ce que Voët nous avait déjà appris des usages de ce pays, en affranchit l'emphytéote; mais le Code des Deux-Siciles reproduit les dispositions de la loi dernière au Code *de jure emphyt.*, qui, en Italie, n'a pas cessé de conserver son influence (8).

45. Au reste, dans l'ancien droit, l'emphytéote pouvait hypothéquer (9) sans en informer le propriétaire, même depuis la constitution de Justinien (10). Il pouvait également imposer des servitudes (11). Mais, d'après la maxime *resoluto jure dantis, resolvitur jus accipientis*, le propriétaire reprenait la chose franche et libre de l'hypothèque et de la servitude, lorsque le bien emphytéosé lui faisait retour (12).

46. Une autre cause de fin de l'emphytéose se tirait de la négligence du bailliste à payer le canon aux époques fixées. S'il laissait écouler 3 ans sans acquitter la redevance, la loi 2 au C. *de jure emph.* le déclarait déchu de plein droit : *et statim expellendus.*

Mais le droit canonique n'adopta pas cette rigueur : il adoucit la position de l'emphytéote des biens ecclésiastiques, qui, sous un autre point de vue, avait été plus sévèrement traité, puisque le délai de grâce à son égard n'était que de deux ans, au lieu de trois. Il fut autorisé à purger sa demeure, en satisfaisant l'Église aussi parfaitement que possible. « Emphy- « teota quoque, cessando in solutione canonis per « BIENNIUM, nisi, *celeri satisfactione, postmodùm sibi* « *consulere studuisset,* justè potuisset expelli, nonob- « stante quod ei, ut canonem solveret, non exstitit « nunciatum; *cum in hâc causâ dies statuta inter-* « *pellet* (13). »

En France, il était universellement reconnu, même dans les pays de droit écrit, que les dispositions de la loi romaine avaient été profondément modifiées et tempérées. On y avait même dépassé la limite du droit canon. Le preneur de biens laïques ou ecclésiastiques emphytéosés, était toujours reçu à purger la demeure; il le pouvait, quand même les clauses les plus expresses du contrat eussent semblé le lui interdire. Toutes ses renonciations étaient considérées comme de style, et la clause résolutoire était réduite à de purs effets comminatoires (14). Le juge seul pouvait déclarer la déchéance. Après la citation en payement, il fixait un délai pour acquitter les canons arriérés, et à défaut de ce faire, il prononçait la commise. Elle n'était encourue qu'autant que le preneur avait laissé écouler sans payement le délai imposé par la sentence.

M. Merlin a cru toutefois qu'il ne fallait pas aller aussi loin. Il convient que la clause résolutoire, quelque expresse qu'elle soit, n'est que comminatoire. Mais il soutient qu'aussitôt que le bailleur a donné citation en commise pour défaut de payement, le juge ne doit plus accorder de délai, et que, d'après la loi des parties, il ne lui reste plus qu'à ordonner à l'emphytéote de déguerpir (15). Cette opinion de M. Merlin ne saurait prévaloir contre la jurisprudence universelle du royaume et la doctrine de tous nos anciens écrivains. Aussi, l'arrêt de la cour de cassation du 1er thermidor an XI, qui fut rendu à la suite de ses conclusions, n'a-t-il adopté en aucune manière cette doctrine; s'il a cassé l'arrêt critiqué par son illustre et savant procureur général, ce n'a pas été parce qu'il y avait eu violation de la loi du contrat, comme il le soutenait, mais bien parce que la cour royale avait maintenu l'emphytéote, quoique celui-ci eût acquiescé à la déchéance et abandonné volontairement le bien emphytéosé!!!

Non-seulement le système de la déchéance de plein droit avait été abandonné en France; il était encore répudié en Hollande (16), en Belgique (17). Toutefois dans ces pays, on avait égard au pacte commis-

(1) No 22.
(2) Q. de droit, vo *Locatairie perp.*, p. 275, § 1, col. 2, in-8o p. 316.
(3) No 146.
(4) T. 3, p. 125, no 6.
(5) Sur Paris, § 73, glose 2, no 1.
(6) § 73. *Præm.*, nos 40, 41. *Junge* § 82, glose 1, nos 9 et 10.
(7) Art. 771.
(8) Art. 1691 et suiv.
(9) *Junge* Code des Deux-Siciles, art. 1690. Code hollandais, 771. Mais le Code sicilien défend d'imposer des servitudes, ce que ne fait pas le Code hollandais.
(10) L. 16, § dernier. D. *De pignoratitiâ actione*. L. 31, D. *De pignor.* et *hyp.* Voët, no 24.
(11) L. 1, § ult., *De superficieb.*
(12) L. 31, D. *De pignorib.* Voët, no 24.
(13) Decret. *Loc. cond.*, ch. 4. Fachin, lib. 1, c. 98.
(14) Loyseau, *Offices*, liv. 14, ch. 13, no 4, Serres, liv. 3, t. 25. Catellan, liv. 3, ch. 7. Domat, l, 1. t. 4, sect. 10, no 10. Carondas, p. 160.
(15) Q. de droit, vo *Emphytéose*, § 3, no 1, p. 631, col. 2.
(16) Vinnius, Inst., *Loc. cond.*, § 3.
(17) Voët, *Si ager vectig.*, no 36.

soire écrit dans le contrat (1). Il en était de même au parlement de Chambéry (2). Je rappelle ces usages, parce que tous les auteurs qui ont écrit sur cette matière, ont enseigné que l'usage des lieux est la règle des effets de la clause résolutoire (3).

Du reste, la clause résolutoire pouvait être poursuivie contre les tiers détenteurs eux-mêmes, pour défaut de payement des canons. C'est ce qui a été consacré de nouveau par des arrêts rendus depuis le Code civil (4)

Maintenant examinons quelle solution l'on devrait porter sur la question de déchéance, si elle se présentait sous l'empire du Code civil.

Et d'abord une distinction est nécessaire : ou il s'agirait d'un contrat passé depuis la promulgation du Code, et alors l'on devrait suivre sans hésiter les principes du nouveau droit en matière de résolution stipulée ou sous-entendue. Si le contrat était muet, la résolution devrait être demandée en justice, et le juge pourrait, suivant les circonstances, accorder un délai au défendeur (5). Si au contraire le contrat réservait la déchéance faute du payement, le juge ne pourrait vérifier les causes du retard et accorder une prorogation. Le contrat serait virtuellement violé (6); vainement on argumenterait de l'art. 1656. Cet article édicté pour le cas de vente d'immeuble (7), ne saurait être étendu à l'emphytéose, qui n'est pas une vente (8), tant qu'elle reste limitée à un certain nombre d'années.

Ou bien il s'agirait d'un contrat emphytéotique antérieur au Code civil, et alors on peut prévoir deux cas : 1° Le contrat ne stipule pas de déchéance, et l'on applique l'art. 1184 avec d'autant plus de confiance qu'il est conforme à l'ancienne jurisprudence, sous l'empire de laquelle le contrat aurait été passé. Y eût-il d'ailleurs dissidence entre la jurisprudence en vigueur lors de la passation de l'acte et le Code civil, l'art. 1184 devrait prévaloir. L'exécution des contrats se règle par la loi nouvelle, par la loi vivante quand cette exécution est réclamée (9).

2° Le contrat stipule la commise d'une manière expresse faute de payement dans deux ou trois ans.

Un arrêt de la cour de cassation, du 27 mai 1817 (10), se fondant sur cette règle incontestable qu'en matière de mise en demeure, c'est la loi en vigueur lors de l'interpellation qui doit être appliquée, a décidé, dans le cas d'une emphytéose perpétuelle considérée par les lois de la révolution comme une cession définitive du fonds (11), que l'art. 1656 du Code civil qui règle l'effet de la clause résolutoire expresse dans les ventes d'immeubles, était la règle à suivre.

Mais cette décision est loin d'être irréprochable; elle oublie, en effet, que, d'après la législation en vigueur à l'époque où les parties avaient exprimé leur intention, la clause résolutoire était de pur style, et n'avait aucune valeur réelle. Elle fausse donc l'intention des contractants : elle ajoute à ce qu'ils ont stipulé; elle attribue un sens à ce qui, d'après elles, n'en avait aucun; elle relève de leur inutilité des mots qui se sont échappés machinalement de la plume du rédacteur de l'acte, et ont glissé inaperçus et sans portée pour les parties. On conviendra que c'est là quelque chose de plus que de régler le mode d'exécution d'une convention; c'est l'interpréter d'une manière formelle, et lui imposer rétroactivement une pensée qui lui a été étrangère.

Comment donc devait-on trancher la question? A mon avis, il était du devoir des magistrats de repousser l'art. 1656, qui suppose une clause résolutoire sérieuse, réfléchie, mûrement discutée et consentie; ici il n'y a rien de semblable. Il fallait tout simplement appliquer l'art. 1184, qui règle les effets de la résolution quand le contrat est muet, ou, ce qui est la même chose, quand il ne porte que des clauses de style : *sine mente sonum*.

Et c'est ce qu'a fait la cour de Dijon, par arrêt du 27 juillet 1816, confirmé par arrêt de la cour de cassation du 19 mai 1819 (12). M. Merlin s'est emparé des motifs de ces arrêts pour les combattre avec une apparence de raison (13), et M. Duvergier l'a suivi dans cette voie (14); mais au fond, leurs efforts portent à côté du but. Quels que soient certains considérants qui obscurcissent l'arrêt de Dijon, et plus encore celui de la cour de cassation, il reste acquis que la cour royale a voulu rester dans les termes de l'art. 1184, qui contient le résumé des principes généraux sur la matière, et se placer en dehors de l'art. 1656; certes une telle décision se justifie hautement par cette considération qui a échappé à M. Merlin et à M. Duvergier, savoir : qu'une clause résolutoire, frappée de stérilité *ab initio*, ne saurait porter aucun fruit par des événements ultérieurs, étrangers à la volonté des contractants.

47. Parmi les autres causes de cessation de l'emphytéose, on peut encore compter les abus énormes, les dégradations considérables, les malversations dommageables dont l'emphytéote était convaincu pendant sa jouissance (15). Ce point de droit est passé dans le Code hollandais, qui porte, art. 780 : « L'emphytéote « pourra être déclaré déchu de son droit pour cause « de dégradations notables de l'immeuble et d'abus « graves de jouissance, *sans préjudice de dommages « et intérêts.*

« Art. 781. L'emphytéote pourra empêcher la déchéance pour cause de dégradations et d'abus de « jouissance, en rétablissant les choses dans leur an- « cien état et en donnant des garanties pour l'ave- « nir (16). »

Le Code napolitain contient dans son art. 1602 des dispositions semblables (17).

On peut même ajouter que, d'après l'ancienne jurisprudence, le propriétaire n'était pas absolument

(1) Voët, *Si ager vectig.*, n° 36.

(2) Favre, *De jure emphyt.*, def. 27.

(3) Je pourrais donner des documents sur la jurisprudence suivie en Italie et particulièrement à Rome et à Gênes, ayant été à même de l'examiner dans divers procès qui sont passés sous mes yeux; mais j'ai été effrayé des détails dans lesquels j'aurais été entraîné.

(4) Cassat., 30 août 1827 (Palais, 1828, t. 1, p. 504). Grenoble, 13 février 1833 (D., 34, 2, 73).

(5) Art. 1184, 956, 1655, C. c. Mon Comm. de la *Vente*, n° 61.

(6) Art. 1183. Mon Comm. de la *Vente, loc. cit.*

(7) Mon Comm. de la *Vente*, n° 666.

(8) *Contrà*, M. Duvergier, t. 1, n° 167. Il pense, d'après l'article 1656, qu'une sommation serait nécessaire.

(9) M. Merlin, Répert., v° *Effet rétroactif*, t. 16, p. 260, in-8° p. 53, n° XI.

(10) Id., Q. de droit, v° *Emphyt.*, § 3, p. 633 et 634, in-8° p. 265.

(11) *Infr.*, n° 50.

(12) M. Merlin, Q. de droit, v° *Emphyt.*, § 3, p. 634, in-8° p. 265.

(13) *Loc. cit.*

(14) N° 168.

(15) Voët, n° 46. Nov., CXX, c. 8. Caïus, *Inst.* III, 145, l. 3. C. *De loc.* Favre, C. lib. 4, t. 43, def. 52. M. Vuy, p. 200.

(16) M. de Saint-Joseph, 144.

(17) Id., 146.

tenu de demander le retrait lorsque l'emphythéote se rendait coupable de malversation. Il était libre de l'actionner pour le contraindre à faire les réparations nécessaires à l'effet de maintenir la chose en bon état, ou les améliorations convenues dans le contrat (1).

48. La cessation de l'emphytéose par l'une des causes énumérées ci-dessus, faisait retourner la chose au propriétaire. L'emphytéote devait la lui remettre en bon état (2), sans cependant être tenu des réédifications de bâtiments détruits par force majeure. Car en droit on a toujours fait une distinction entre les réédifications et les réparations (3).

L'emphytéote était également obligé de livrer au propriétaire, et sans indemnité, les améliorations qu'il s'était engagé à faire lors de la constitution de l'emphytéose (4).

Mais si l'emphytéote avait opéré durant sa jouissance des constructions volontaires; si, sans y être obligé, il avait de son plein gré fait des dépenses pour augmenter les bâtiments, pour améliorer les terres, etc., etc., avait-il le droit d'en réclamer la valeur?

Cette question partageait les esprits dans l'ancienne jurisprudence.

Dumoulin (5) et Loyseau (6) étaient d'avis que, lorsque l'emphytéose se terminait d'elle-même, et par l'effet du terme assigné lors du contrat, l'emphytéote pouvait retirer ses améliorations; mais que lorsque l'emphytéose tombait en commise et se résolvait par la faute du preneur, celui-ci perdait toutes ses améliorations indistinctement et ne pouvait ni les répéter ni en demander le remboursement (7). Coquille adoptait aussi cette distinction et la donnait comme conforme à l'opinion commune des docteurs (8); il convenait cependant que l'art. 15, t. 6, de la Coutume du Nivernais, semblait repousser, dans tous les cas, la prétention de l'emphytéote, et c'était aussi le sentiment de Fachin (9); les considérations suivantes venaient lui prêter leur appui: par sa nature, le contrat d'emphytéose a pour but l'amélioration de la chose; c'est donc se conformer à l'esprit de ce contrat que de faire retourner cette chose au propriétaire avec les améliorations que le preneur a sciemment opérées. D'ailleurs, si l'on accordait la répétition du preneur, n'arriverait-il pas que le propriétaire, n'ayant pas moyen de le rembourser, serait privé de son bien et serait forcé de laisser l'emphytéose se perpétuer?

Il paraît que la jurisprudence du parlement de Paris inclinait vers ce dernier parti; il est vrai que quelques-uns de ses arrêts ont pû être déterminés par cette circonstance, savoir, que le preneur, voulant rendre l'emphytéose perpétuelle, avait fait frauduleusement de grosses réparations, quelque temps avant la fin du contrat, afin de mettre le bailleur dans l'impossibilité de reprendre sa chose faute de moyens d'en payer la plus value (10). Mais d'autres arrêts ne peuvent s'expliquer par cette particularité (11).

Quoi qu'il en soit, cette jurisprudence est extrêmement *rude*, comme disait Argou (12); elle est repoussée par le Code des Deux-Siciles (13) et par le Code hollandais (14). Elle triompherait difficilement aujourd'hui (15); même dans le cas où le preneur aurait mis affectation frauduleuse à embarrasser le bailleur par d'énormes indemnités, on ne ferait pas profiter de plein droit le propriétaire de ces améliorations excessives. Le bailliste pourrait les enlever, à la condition que leur enlèvement ne dégradât pas le fonds (16).

49. La doctrine que nous venons d'exposer sur le contrat emphytéose, a déjà montré à quiconque y a réfléchi, la différence qui sépare le simple bail et ce contrat. On peut appliquer ici ce que nous disions du contrat de superficie; car l'emphytéose est surtout remarquable en ce qu'elle détache et aliène une portion du domaine utile, un quasi-domaine, tandis que le bail, pris sans mélange et à son état naturel, laisse toute l'utilité de la chose entre les mains du propriétaire.

Cependant la différence s'atténuait d'une manière remarquable aux yeux de beaucoup de jurisconsultes anciens, lorsque le bail se prolongeait au delà de 3, 6, 9 années, et que l'emphytéose déposait son caractère habituel de perpétuité!!

Écoutons Cujas (17). « Emphyteuticarius plus quàm « inquilinus est, *quia non in quinquennium tantùm* « *conduxit, sive in singula lustra* in quæ fieri sole- « bant locationes et conductiones omnes; *non ultrà* « *in longius tempus* (18). Et sæpè in titulo *locati*. Et « apud Varronem (5. de Linguâ latinâ): *Emphyteu-* « *ticarius*, inquit, *non conduxit fundum* IN SINGULA « LUSTRA; *alioquin nudus esset inquilinus; sed cum* « *conduxit in perpetuum* vel (ut Paulus ait in leg. 3. D. « *si ager. vectig.*) ad tempus, id est ad longius tempus « quam quinquennii; ad non modicum tempus, ut « rectè glossa notavit, puta ultra quinquennium, ut « in superficiario diximus (19). »

Ainsi dans ce système, l'emphytéose n'est quelque chose de plus que le simple bail, qu'autant qu'elle est perpétuelle ou à long temps; et le bail ne demeure dans son état de pureté et de simplicité qu'autant qu'il est fait pour un lustre, ou *in singula lustra*. Mais s'il est fait pour une période qui embrasse, d'un trait de temps et sans division, dix ans et plus, il se rapproche de l'emphytéose temporaire, et les deux contrats se donnent pour ainsi dire la main.

Voilà, certes, deux grandes autorités, Cujas, Varron!!!

---

(1) Arrêt du grand conseil du 12 novembre 1740. Nouveau Denizart, § 3, no 8. M. Duvergier, t. 1, no 127.

(2) V. Louet, lettre E, somm. XI. Ainsi jugé par arrêt du 12 août 1599. Nivernais, art. 15, t. 6.

(3) Loyseau, *Dég.*, liv. 5, c. 6, nos 13, 19, 20. M. Duvergier, t. 1, n. 179. *Contrà*, M. Proudhon, no 3733.

(4) Fachin, lib. 1, *Cout.*, c. 92. Voët, no 52.

(5) Sur Paris, § 1, glose 5, no 80; § 3, glose 1, no 101, et sur le conseil 518, no 2, de Decius.

(6) *Déguerpissement*, liv. 6, ch. 6, no 6.

(7) L. 2, D. *De jure emphyt.*

(8) Sur Nivernais, t. 6, art. 15.

(9) *Cout.*, lib. 1, c. 92.

(10) Louet interprète ainsi l'arrêt du 3 mai 1597 (lettre E., som. X).

(11) Brodeau sur Louet, *loc. cit.*, no 3.

* Le droit qui, en cas de résolution d'un bail emphytéotique, compète au preneur du chef des maisons par lui construites sur le bien loué, n'est pas censé compris dans la saisie du droit de bail, faite par ses créanciers. 5 juillet 1826. Bruxelles, J. de B., 1826, 2, 153. (*Édit. belge.*)

(12) T. 2, p. 298.

(13) Art. 1703.

(14) Art. 772.

(15) M. Duvergier, no 174.

(16) Mon Comm. de la *Vente*, no 760.

(17) Lib. 21, *Pauli ad edict.*, sur la loi 74, D. *De rei vindic.*

(18) L. 4, § *Penult. de reb. cor.* L. *qui per collusion.*, D. *De act. empt.* L. 3, § *Quum in quinq.*, D. *De jure fisci.*

(19) En effet, il a dit plus haut que le long terme pour un bail, c'est 10, 20, 30 ans. « *Non ad modicum tempus*, putà 10, 20, « 30 annos, vel quamdiù advixerit. »

D'autres se rencontrent encore dans des temps plus rapprochés de nous. J'ouvre, en effet, la *Théorie des matières féodales* d'Hervé (1), et j'y lis ce qui suit : « On pourrait aller jusqu'à dire que les baux « à vie et les baux emphytéotiques à temps, sont de « même nature que les baux à ferme. La véritable « différence consiste uniquement dans la durée. « *S'il était reçu qu'on fît un bail à ferme de 50 ans,* « *on ne verrait aucune différence réelle entre ce bail* « *et un bail emphytéotique.*

Toutefois, la doctrine de Cujas a été combattue par Vinnius (2), et plusieurs arrêts de la cour de cassation ont refusé de la sanctionner (3). Je serais aussi enclin à la repousser. Ce n'est pas que, si j'examinais la question dans les termes du pur droit romain, et alors que les canons emphytéotiques étaient l'exacte représentation des fruits, j'osasse prétendre que Cujas s'est égaré. Non! sans doute, et Vinnius n'y a pas fait assez d'attention. Je ne comprends pas facilement quelle peut être, dans cette hypothèse, la différence qu'il y a entre un bail à ferme prolongé au delà de 9 ans, et un bail emphytéotique à temps (véritable anomalie dans le droit romain, où, comme je l'ai dit ailleurs, l'emphytéose était habituellement perpétuelle). Personne n'ignore, d'ailleurs, que le bail à ferme qui excédait ce terme était considéré comme une sorte d'aliénation qui attribuait au preneur le *jus in re* et un droit immobilier (4)!!

Mais depuis que le bail emphytéotique n'a plus eu pour objet de faire percevoir au propriétaire des canons équivalents aux fruits (5), la théorie de Cujas ne me paraît plus aussi exacte. Le contrat de bail, alors même qu'il embrasse une longue période et qu'il investit le preneur du *jus in re*, ne transfère pas autant d'éléments du domaine utile que le bail emphytéotique. Le fermier, qui tous les ans est obligé de déduire une portion considérable des fruits pour la remettre au propriétaire, n'est pas maître, et le domaine reste plein, entier, productif dans les mains de ce dernier, qui touche tous les ans le revenu net de son immeuble. Le droit de jouissance du fermier est tellement mélangé avec celui du propriétaire; il est si fortement surveillé, contenu, restreint par cette nécessité annuelle de faire compte du produit net; il porte une dépendance si immédiate du droit du bailleur, qu'il y aurait un véritable écart à voir en lui un dépositaire d'un *quasi*-domaine ; c'est pourquoi la Cour de cassation a refusé les caractères d'un bail emphytéotique à un contrat qui laissait plusieurs héritages à bail pour 29 ans, au prix élevé de 960 fr., plus les impôts (6). Mais l'on sent qu'il en est autrement de l'emphytéote, qui perçoit tous les fruits, sauf la légère rétribution qui sert à rappeler le droit du propriétaire direct; qui est maître de changer la superficie, de cultiver à sa manière, pourvu qu'il ne détériore pas; de vendre, d'hypothéquer. Aussi nous pensons, avec Accurse, qu'un bail à ferme, même pour 99 ans, n'est pas nécessairement une emphytéose (7); du moins il ne le serait qu'autant que la redevance ne représenterait pas l'indemnité des fruits. Ainsi avons-nous jugé à la chambre des requêtes le 25 juillet 1839, au rapport de M. Bayeux, qu'un contrat qualifié bail par les parties et passé pour 99 ans, moyennant le prix de 250 fr. par an, ne devait pas être confondu avec un bail emphytéotique. Il y avait cette particularité dans l'espèce, que la convention défendait au preneur de sous-louer (8).

50. Examinons maintenant la question qui doit servir de couronnement à tout ce qu'on vient de lire, et qui ne pouvait être bien résolue sans avoir sous les yeux l'ensemble de la doctrine sur le droit d'emphytéose.

Le bail emphytéotique est-il incompatible avec le Code civil?

La loi du 18-29 août 1790, après avoir soumis au rachat toutes les rentes foncières perpétuelles, soit en nature, soit en argent, et les champarts de toute espèce, avait défendu de créer à l'avenir aucune redevance foncière non remboursable; puis elle ajoutait, art. 1er : « Sans préjudice des baux à rente ou « *emphytéose* non perpétuels et qui seront exécutés « pour toute leur durée, *et pourront être faits à l'a-* « *venir pour 99 ans et au-dessus*, ainsi que les « baux à vie, même sur plusieurs têtes, à la charge « qu'elles n'excèdent pas le nombre de trois. »

Cette disposition est précieuse; elle permet pour l'avenir les baux emphytéotiques temporaires; elle ne se met en hostilité que contre les baux emphytéotiques à perpétuité; et encore est-il à remarquer que si, depuis sa publication, on avait stipulé une emphytéose perpétuelle, elle ne serait pas nulle; seulement le preneur pourrait contraindre le bailleur à souffrir le rachat de la redevance. C'est ce qu'a très-bien jugé la cour de cassation par une décision du 15 décembre 1824 (9), portant cassation d'un arrêt de Colmar, qui avait cru que l'infraction à la défense de créer des emphytéoses perpétuelles devait être réprimée par la peine de nullité. Un bail emphytéotique perpétuel serait désormais une véritable aliénation de la propriété; le preneur serait maître de la chose comme un acheteur; le bailleur n'aurait qu'une créance, sujette à remboursement (10).

Mais le Code civil, qui est venu après la loi de 1790, a-t-il abrogé l'autorisation qu'elle accordait de stipuler des emphytéoses de 99 ans et au-dessus?

M. Delvincourt se prononce pour l'affirmative, ou, ce qui est la même chose, il pense qu'un bail emphytéotique ne diffère plus en rien d'un simple bail à ferme, et qu'il ne donne pas le *jus in re* (11).

M. Toullier hésite sur la nature de ce genre de contrat, qu'il reconnaît être en usage encore dans plusieurs départements, et dont il lui paraît difficile de déterminer le caractère spécifique (12).

Au contraire, M. Duranton s'applique à prouver que l'emphytéose subsiste toujours avec les caractères que l'ancien droit lui attribuait (13), et je n'hésite pas à

(1) T. 2, p. 329 et suiv.

(2) Inst., *Loc. cond.*, § *Adeò*, n° 3.

(3) Cassat., 15 janvier 1824 (Dall., v° *Louage*, p. 943, note 2). 23 nivôse an VII (id., in-8°, t. 19, p. 61).

(4) *Sup.*, n° 25, et l. 3. Voët, *Si ager vectig.*

(5) *Supr.*, n° 34.

(6) Arrêt du 23 nivôse an VII, précité.

(7) *Loc. cond.* M. Merlin, v° *Bail*, p. 553, in-8° p. 330.

(8) La concession de la jouissance et possession d'un immeuble sous réserve d'une prestation annuelle pour cent ans et un jour, est un bail emphytéotique à long terme, et non un acte de vente ou de bail à rente foncière... bien que les mots *vendeur et acceptant* s'y trouvent insérés, s'il résulte d'ailleurs des clauses du contrat que c'est un bail emphytéotique que les parties ont eu l'intention de faire. C. de Bruxelles, 7 juillet 1819; J. de B., 1819, 2, 141. (*Edit. belge*)

(9) Dall., 25, 1, 96. Sirey, 25, 1, 290. M. Duvergier, t. 1, n° 148.

(10) Avis du conseil d'Etat approuvé le 7 mars 1808. — Autre, du 2 février 1809. Bull., n° 4121. *Infr.*, nos 54 et 55.

(11) T. 3, p. 185. *Junge* M. Proudhon, *Usufr.*, t. 1, n° 97.

(12) T. 3, n° 101.

(13) T. 4, n° 80. *Junge* M. Duvergier, t. 1 n° 155.

croire que cette opinion est la seule admissible (1). L'article 543 dit, en effet : « On peut avoir sur les « biens, ou un droit de propriété, ou un simple droit « de jouissance, ou seulement des services fonciers à « prétendre. » Or l'emphytéose n'est-elle pas un droit de jouissance plus marqué et plus caractéristique encore que l'usufruit, puisqu'elle ne s'éteint pas par la mort du possesseur?

Il est vrai que l'article 526 ne classe pas l'emphytéose parmi les immeubles; mais cet article n'est pas limitatif, comme nous l'avons dit ailleurs (2); il ne parle ni du droit d'usage, ni du droit de superficie, qui cependant sont très-certainement immeubles par l'objet auquel ils s'appliquent (3).

Après tout, je n'aperçois pas l'avantage qu'il y aurait à retrancher du mouvement des relations civiles un contrat qui est favorable à l'agriculture et qui contribue à mettre en valeur des biens qui ne rapporteraient rien entre les mains du propriétaire. Un établissement public a des friches qu'il veut faire assoler, sans avoir actuellement les moyens de faire des avances. Un bail emphytéotique va lui procurer un colon industrieux, et sa terre deviendra féconde. L'État qui est propriétaire des rivières navigables et flottables, y laisse établir, moyennant des baux emphytéotiques ou à titre de droit de superficie, des moulins à eau, fixés sur piliers, qui lui procurent des redevances. En quoi donc ces sortes de contrats seraient-ils incompatibles avec les principes modernes? Pourquoi vouloir entraver par des gênes inutiles la liberté des conventions?

51. Toutefois je ne voudrais pas qu'on se fît illusion sur le degré d'utilité qu'on peut attendre de l'emphytéose dans les temps où nous vivons, et je ne crois pas, comme M. Duvergier (4), qu'elle soit appelée à jouer un grand rôle dans les progrès de notre industrie agricole. L'époque de prédilection du contrat emphytéotique, c'est celle où règnent de vastes domaines, et où la propriété, frappée d'une sorte d'immobilité, se perpétue de générations en générations dans les mêmes mains. Mais quand le sol est soumis au mouvement rapide d'une division indéfinie, quand les détenteurs des domaines fonciers se serrent les uns sur les autres avec tant de presse, qu'il y a place à peine pour les nouveaux venus; quand enfin la propriété est emportée par une circulation incessante, le bail emphytéotique ne peut être que rare, accidentel; il ne répond pas aux plus impérieux besoins du moment; car il ne fonctionne pas avec assez de promptitude, et demande trop à l'avenir pour une génération qui dévore le présent. En un mot, il n'est bon que dans certains cas exceptionnels et pour certaines natures de propriétés; c'est ce qui fait qu'il tient un rang très-secondaire aujourd'hui dans la vie pratique. Cependant, je le répète, il se rencontre des circonstances où ce débris du passé peut procurer au temps actuel une certaine utilité, et cela suffit pour que nous réclamions une place pour lui dans notre jurisprudence.

Tenons donc pour constant que le bail emphytéotique subsiste aujourd'hui dans toute sa force et avec les caractères distinctifs qu'il avait dans l'ancien droit, sauf la durée. C'est, au surplus, ce que la jurisprudence tend de plus en plus à établir par ses arrêts (5).

52. Le bail à rente foncière, fort usité dans l'ancien droit, s'éloignait encore plus que le bail emphytéotique du bail à ferme. Car l'emphytéote n'acquérait qu'un quasi-domaine (6), tandis que le preneur à rente foncière devenait véritable propriétaire de la chose, sous la réserve cependant de la rente que l'on considérait comme un droit de copropriété dans l'héritage (7). Cette nuance entre l'emphytéose et la rente foncière, n'avait pas toujours été aperçue par nos anciens écrivains (8). Elle avait été pour eux la source de plus d'une erreur. Un estimable professeur, M. Delvincourt, n'a pu, malgré son savoir, s'en garantir complétement (9). La vérité est que le bail à rente foncière transférait et le domaine direct et le domaine utile; au lieu que l'emphytéose, même perpétuelle, ne communiquait, je le répète, qu'un quasi-domaine (10).

Les lois de la révolution ont changé la nature des rentes foncières. Irrachetables sous l'ancien régime, elles ont été déclarées essentiellement rachetables par les lois des 3 novembre 1789 et 29 décembre 1790; l'article 530 du Code civil a confirmé cette innovation. Le contrat de bail à rente perpétuelle ne serait plus aujourd'hui qu'une vente de la propriété, ayant pour prix le capital nécessaire pour racheter la rente (11).

53. Quelques provinces ont conservé l'usage des baux à locatairie ou à culture, des baux à complant, des droits de champart, qu'il ne faut pas confondre avec le bail à ferme.

« Le bail à locatairie perpétuelle, disait Boutaric (12), « diffère du contrat emphytéotique (13) en ce que, « pour donner un fonds à titre d'emphytéose, il faut « en avoir la propriété pleine, c'est-à-dire le possé- « der allodialement et indépendamment de toute « seigneurie directe; au lieu que pour bailler à titre « de locatairie perpétuelle, il suffit d'avoir la *domi- « nicité utile. On ne regarde point ce contrat comme « translatif de propriété*... ce n'est proprement qu'un « *cizaillement de la dominicité en deux parties*, dont « l'une demeure à titre de propriété à celui qui donne « le fonds, *et l'autre passe à titre d'usufruit sur la « tête du locataire.* »

D'après cette manière de considérer la locatairie perpétuelle, le bailleur conservait la propriété et la possession appelée civile par les auteurs, à peu près comme le nu-propriétaire reste maître de la chose, et la possède par l'intermédiaire de l'usufruitier. Le preneur n'avait que la possession pour autrui (14), et dans les limites de l'usufruitier, qui, par exemple, ne peut couper les bois de haute futaie.

---

(1) Voy. mon Comment. des *Hypothèques*, n° 405, et n° 776.

(2) *Supr.*, n° 16.

(3) Des actes du pouvoir législatif ont du reste sanctionné cette opinion. Sénatus-consulte du 30 janvier 1810, art. 14. Loi du 8 novembre 1814, art. 15. Ord. du 8 août 1821, art. 2. Loi du 21 juin 1826; id., 28 juin 1829, art. 8; id., 21 avril 1832.

(4) T. 1, n° 143.

(5) Cass., 26 juin 1822 (Sirey, 22, 1, 362). Cet arrêt décide que l'emphytéote peut exercer l'action possessoire. *Junge* Caroudas, Répert., liv. 7, c. 173. Cass., 18 juillet 1832 (D., 32, 1, 296; (Palais, 1832, t. 3, p. 84). Douai, 15 décembre 1832 (D., 32, 2, 195), et les autres arrêts rapportés aux numéros précédents.

(6) *Supr.*, n° 32.

(7) Pothier, *Rente foncière*, n° 107, III. MM. Fœlix et Henrion, *Des rentes foncières*, p. 3.

(8) *Supr.*, n° 31, *in fine*.

(9) T. 3, p. 185, notes.

(10) *Junge* M. Duvergier, t. 1, n° 154, note.

(11) MM. Fœlix et Henrion, *loc. cit.*

(12) Droits seigneuriaux, ch. 14, n° 1. M. Merlin, v° *Locatairie perpétuelle*, et Q. de droit, même mot.

(13) Mais notez bien qu'il ne parle ici de l'emphytéose que comme équipollente au bail à cens !!! Cette remarque est importante.

(14) Fonmaur, *Lods et ventes*, n° 536.

Ainsi, tandis que le bailleur se dépouillait par l'emphytéose d'un quasi-domaine, il ne se dépouillait, par la locatairie perpétuelle, que de la *possession utile* (1); telle était la jurisprudence suivie au parlement de Toulouse sur ce contrat particulier aux provinces méridionales (2). Elle avait été probablement imaginée pour l'utilité de ceux qui voulaient appliquer aux propriétés non allodiales certains avantages réservés à la propriété privilégiée.

Mais l'esprit peut difficilement se prêter à cette fiction d'une possession précaire qui est destinée à durer à perpétuité. « Un usufruit perpétuel, disait « M. Tronchet, est *une idée* SAUVAGE (3) et peu con« ciliable avec les idées communes. Il en est de même « de l'idée que ce contrat est un cisaillement de la « propriété en deux parties, lequel réserve à l'un la « propriété et à l'autre une possession perpétuelle. « Cette idée ne signifie rien, ou ne signifie autre chose « que ce genre de propriété fictive que l'on suppose « également réservée au bailleur dans le bail à rente « ordinaire (4).

C'est probablement pour cela que le parlement de Provence avait adopté, sur la nature du bail à locatairie perpétuelle, d'autres idées que le parlement de Toulouse; il envisageait le contrat comme un vrai bail à rente (5).

54. La révolution vint; les décrets du 4 août 1789 déclarèrent rachetables toutes les rentes foncières qui avaient été constituées jusqu'alors, soit purement et simplement, soit même avec clause expresse d'irrédimibilité. De là la question de savoir si l'on devait soumettre à cette mesure si favorable au dégrèvement de la propriété territoriale, les rentes foncières constituées par baux à locatairie perpétuelle.

Mais la loi du 18 décembre 1790, après avoir déclaré, dans son article 1er, que la faculté de rachat n'était pas applicable aux rentes stipulées soit par des baux à rente ou emphytéose non perpétuels, et non excédant 99 ans, soit par des baux à vie qui ne fussent pas sur plus de trois têtes, décida que cette faculté s'étendait *aux* rentes *ou redevances foncières, établies par les contrats connus en certains pays sous le titre de locatairie perpétuelle.*

Par là, l'assemblée constituante donnait la préférence à la jurisprudence provençale sur la jurisprudence du parlement de Toulouse. Elle faisait passer la propriété sur la tête du preneur du fonds locaté, sauf le payement de la rente toujours rachetable à volonté; elle assimilait le bail à locatairie perpétuelle au bail à rente (6). Et ce rôle du preneur, devenu propriétaire désormais, fut confirmé par le décret du 2 prairial an II (21 mai 1794), qui, de plus, étendit les dispositions qu'on vient de lire aux *baux à culture perpétuelle.*

Ainsi, les anciens baux à *locatairie* ou à *culture* perpétuelle qui subsisteraient encore aujourd'hui et que les preneurs n'auraient pas dégagés, par le moyen du rachat, du service de la rente, ne pourraient sous aucun rapport être assimilés à des baux à ferme. C'est pourquoi, consulté sur la question de savoir si le créancier de la rente aurait le droit d'exercer le privilège accordé par l'art. 2102 du Code civil *pour les loyers et fermages des immeubles*, je n'ai pas hésité à répondre négativement; car les priviléges ne peuvent s'étendre d'un cas à un autre. Ils sont de droit étroit.

Quant à une autre question qui consiste à savoir s'il aurait le privilége de vendeur, je ne puis l'examiner ici. Elle se rattache au commentaire de l'article 550 du Code civil (7). J'espère la traiter un jour avec tous les développements dont elle est susceptible.

55. S'il arrivait que, depuis la promulgation des lois de la révolution et de l'art. 530 du Code civil, on passât un contrat sous le nom de bail à locatairie perpétuelle (8), ce ne serait au fond qu'une constitution de rente foncière rachetable (9) et une aliénation de la propriété.

Mais que devrait-on décider si le bail à locatairie passé sous le Code civil était temporaire? Je crois qu'il faudrait consulter sa durée et la nature de la redevance, pour décider s'il faut l'assimiler au simple bail ou bien à l'emphytéose.

Si, par exemple, il était constitué pour un très-long temps afin d'améliorer un héritage et moyennant un faible canon, je le comparerais à une emphytéose.

Si, au contraire, le canon était la représentation des fruits, j'y verrais un bail à ferme. On voit que je m'écarte du sentiment de M. Duranton, qui semble ne voir d'une manière générale dans la locatairie temporaire, qu'un bail ordinaire, tel que celui qui se contracte avec un colon partiaire (10).

56. Il ne faut pas confondre avec le bail à locatairie ou à culture perpétuelle, le bail *héréditaire* pratiqué dans la province d'Alsace. Le preneur n'acquérait par ce genre de bail que les droits d'un fermier ordinaire, sauf la transmission de ces droits à ses héritiers directs. Quant au bailleur, il conservait la propriété pleine, entière et tout à fait utile de la chose (11). Dans un tel état de choses, il n'était pas possible d'aller puiser dans les lois des 3 septembre 1789 et 29 décembre 1790, le principe d'un intervertissement qui, dépouillant le propriétaire du droit le plus légitime, eût fait passer le domaine de la chose sur la tête du simple fermier; aussi la cour de cassation a-t-elle décidé, par un arrêt rendu en audience solennelle (12), contre la prétention de la régie de l'enregistrement et des domaines, qu'un bail héréditaire n'opère pas transmission de la propriété, et que, ne se trouvant pas expressément dénommé dans les lois dont il vient d'être parlé, il échappe au droit de rachat.

Il semble que la même décision devrait être portée à l'égard du bail à *métairie perpétuelle*, usité encore aujourd'hui dans le Limousin et dans la Marche; car

(1) Q. de droit de M. Merlin, v° *Locatairie.*

(2) Répert. de M. Merlin, v° *Locatairie*, et Q. de droit, même mot. D'Olive, liv. 2, 9, 15.

(3) Ne pourrait-on pas dire de ce style ce que M. Tronchet disait de l'idée?

(4) Rapport de M. Tronchet au comité des droits féodaux. (M. Merlin, Q. de droit, v° *Locatairie*, p. 178, col. 1, in-8° p. 318.)

(5) M. Merlin, *loc. cit.* Despeisses, t. 1, liv. 4, 9, 25. Latouloubre, part. 2, p. 112. Julien, t. 1, p. 269.

(6) *Supr.*, n° 50. MM. Fœlix et Henrion, *Traité des rentes foncières*, p. 22. M. Duvergier, t. 1, n° 195. Cassat., 7 ventôse an XII, 30 mars 1808 (Q. de droit, v. *Locatairie*, §§ 1 et 2); 5 octobre 1808 (S., 9, 1. 118); 29 juin 1813 (S., 13, 1, 382).

(7) MM. Fœlix et Henrion se prononcent pour le privilége, p. 141, 142 et suiv.

(8) J'en ai eu des exemples. Par exemple, j'ai eu connaissance d'un bail de cette nature passé en 1826, dans le ressort de la cour de Nîmes. Il fut soumis à la Chambre des req. le 3 décembre 1838, au rapport de M. Lasagni.

(9) MM. Fœlix et Henrion, p. 23. M. Duranton, t. 4. n° 87. *Supr.*, n° 50.

(10) T. 4, n° 85.

(11) Arrêt de la Cour de cassat. du 21 novembre 1837, rendu en audience solennelle. (D., 38, 1, 135). *Supr.*, n° 4. MM. Championnière et Rigaud, t. 4, n° 3075.

(12) *Loc. cit.*

le métayer, simple colon partiaire, chargé des travaux d'agriculture et de la récolte, n'avait, même sous l'ancien droit, qu'un droit annuel à la moitié des fruits. D'après Salviat (1), toutes les actions concernant la propriété ou même la possession du fonds appartenaient exclusivement au maître, qui restait chargé, de droit, de la réparation des bâtiments. Il y avait cependant des exemples de baux qui mettaient certaines réparations, telles que l'entretien des couvertures, à la charge du métayer (2). Le droit du métayer n'était pas cessible (3) sans le consentement du bailleur. Celui-là ne pouvait employer les bestiaux à aucun autre usage qu'à la culture, à moins que le propriétaire n'en eût donné l'autorisation. Le propriétaire devait être consulté aussi pour savoir quels bestiaux devaient être vendus et à quel prix. Il était défendu au métayer de couper des arbres; il n'avait que l'usage du bois mort ou des branchages pour les clôtures et pour son chauffage (4); du reste, le bail se transmettait de génération en génération, en ligne directe (5). La famille ne pouvait former qu'un seul pot et feu; elle devait vivre en communauté perpétuelle (6), afin de ne pas aggraver la position du propriétaire. Dans le cas de minorité d'un des descendants, il était loisible au maître de prendre le tiers de ce qui pouvait revenir au métayer pour payer les valets, appelés à faire un travail que son âge l'empêchait de faire lui-même (7).

Malgré ces divers caractères de colonage partiaire, un arrêt de la cour de cassation, du 2 mars 1835 (8), a décidé, en cassant un arrêt de la cour de Limoges, que les baux à métairie perpétuelle tombaient sous l'empire des mesures édictées par les lois de la révolution, dans le but de dégrever la propriété foncière des prestations perpétuelles qui nuisaient à sa richesse et à la liberté des transactions. Un motif particulier l'a surtout déterminée à se ranger à cet avis, et ce motif, elle l'a puisé dans le décret du 2 prairial an II. Elle a dit : « S'il s'était élevé quelques doutes sur la véritable entente de la loi de 1790, ils ont été levés par le décret interprétatif du 2 prairial an II, qui déclare formellement que les baux à *culture perpétuelle* sont soumis au rachat de la part de celui qui détient et possède réellement le bien grevé de la prestation; le décret n'examine pas si le preneur était ou non originairement propriétaire ou copropriétaire, mais seulement s'il détient et possède; car il suppose qu'un tel bail constitue par sa perpétuité une véritable aliénation.

« Aucune loi postérieure n'ayant abrogé ce décret, mais seulement celui du même jour concernant les domaines congéables, il doit être exécuté par les tribunaux. »

Ainsi toute cette argumentation roule sur cette idée, que les baux *à métairie perpétuelle* ne sont pas autre chose que les baux *à locatairie perpétuelle*, ou *à culture perpétuelle*, dont se sont occupés et la loi des 18-29 décembre 1790 et le décret de 2 prairial an II, et peut-être qu'en s'en tenant à l'écorce des mots, on trouve dans cette assimilation quelque chose qui séduit, à raison de la synonymie apparente qui semble exister entre *la locatairie, la culture* et *la métairie*.

Cependant il ne faut pas se le dissimuler, en pénétrant plus avant dans la nature de ces divers contrats, des différences graves se rencontrent.

Le bail à locatairie perpétuelle transmettait la propriété même, ou tout au moins la possession utile, et cette possession utile était tellement voisine des avantages attribués à la propriété, qu'il ne faut pas s'étonner de voir ces deux choses identifiées par les lois de la révolution.

Mais le bail à métairie perpétuelle est loin de produire des effets aussi graves; il est loin de transmettre au preneur des prérogatives aussi larges et aussi élevées. Ce contrat, très-fréquent encore dans le Limousin, n'a rien de mystérieux. Tous les jurisconsultes de ce pays en connaissent à merveille la portée, et aucun de ceux que j'ai consultés (9) n'a balancé à me dire que le métayer reste à peu près dans les termes d'un colonage partiaire pur et simple, tandis que le domaine utile est retenu dans sa plénitude par le bailleur. Il est vrai que le preneur acquiert un droit réel, susceptible de partage et de licitation entre ses héritiers (10); mais nous avons démontré ci-dessus que le droit réel n'est nullement inconciliable avec la position subordonnée du fermier (11); il est vrai encore que le métayer transmet son droit de génération en génération, et qu'il le conserve dans sa famille; mais l'hérédité d'un bail, dans la ligne directe, ne saurait suffire pour l'élever au rang et aux prérogatives de la propriété. La cour de cassation l'a décidé positivement dans l'arrêt solennel du 21 novembre 1837, cité au commencement du numéro, et cette décision grave semble devoir affaiblir beaucoup l'arrêt de la chambre civile du 3 mars 1835.

Faisons d'ailleurs une observation; c'est que les lois de la révolution qui ont fixé les positions respectives du bailleur et du preneur dans les baux à rente, *à locatairie* ou *à culture perpétuelle*, n'ont pas expressément dénommé les baux *à métairie perpétuelle*. Or, dans une matière où le législateur s'est montré si rigoureux pour les bailleurs, il ne faut rien faire par analogie; car on courrait le risque de faire peser sur eux des mesures injustes de dépossession. L'empereur Napoléon appelait ces lois, quelquefois si sévères à force de vouloir être démocratiques, *le jubilé de la révolution* (12); mot piquant, qui peint à merveille l'esprit qui les avait dictées. Tâchons donc de ne pas faire d'efforts pour les aggraver par une extension qui toucherait à la spoliation. Lorsque le législateur de 1790 a pesé dans la balance les droits respectifs du preneur et du bailleur à locatairie ou à culture perpétuelle, il a pu trouver que le premier apportait avec lui des fragments du droit de propriété assez nombreux et assez prépondérants, pour qu'on pût le déclarer véritable propriétaire sans arriver à une interversion repoussée par la loi du contrat; mais pourrait-on en dire autant du preneur à métairie? Quels sont les démembrements du droit de propriété dont il aurait à se prévaloir? Ne faudrait-il pas un renversement forcé pour faire descendre jusqu'à lui la propriété restée intacte dans les mains du maître primitif?

J'ose donc croire, en définitive (13), que l'arrêt de la chambre civile n'est pas destiné à faire jurispru-

(1) Jurispr. du parlement de Bordeaux, v° *Bail à métairie perpétuelle*, éd. de 1824. *Junge* M. Duvergier, n° 200.

(2) V. l'espèce rapportée dans Dalloz, 35, 1, 432, et Sirey, 36, 1, 394.

(3) Même espèce.

(4) Id.

(5) Id.

(6) Id.

(7) Id.

(8) D., 35, 1, 432. S., 35, 1, 394. V. aussi Limoges, 22 avril 1839. S., 39, 2, 405, et D., 39, 2, 224.

(9) Notamment mon honorable collègue M. Mestadier.

(10) Limoges, 22 avril 1839. Sirey, 39, 2, 405. D., 39, 2, 224.

(11) *Supr.*, n°s 6, 7 et suiv.

(12) Ce mot est authentique; il a été dit par l'empereur lui-même à mon savant collègue et ami M. Lasagni, qui me l'a répété.

(13) *Junge* M. Duvergier, t. 1, n° 200.

dence; c'est, du reste, une conviction établie dans le ressort de la cour de Limoges, et l'on m'a assuré que cette cour, voulant faire cesser les inquiétudes jetées dans le pays par cet arrêt, continue à rester fidèle aux idées qui ont fait la base de sa première décision.

57. Le champart (*campi pars*) était encore une tenure en usage dans plusieurs parties de l'ancienne France (1). Ce droit, aussi appelé *agrier* dans le Midi (2), et *terrage*, était fort ancien (3), et consistait dans une certaine partie aliquote de fruits que le propriétaire qui aliénait un héritage, se réservait de prendre sur la récolte de chaque année (4). Il se gouvernait par les mêmes principes et les mêmes règles que les rentes foncières (5). Nous n'avons donc pas à nous en occuper ici, et nous nous bornerons à dire que les lois de la révolution ont fait subir aux champarts les mêmes effets qu'à la rente foncière (6).

58. Un autre droit, qui avait de l'analogie avec le précédent, était le droit de *quart, tiers ou demi-raisin* (7). Il se prélevait sur les fruits de la vigne, et était surtout usité dans les provinces du Rhin et de la Moselle (8). Les preneurs des vignobles grevés de cette redevance, étaient considérés comme emphytéotes (9).

59. Le bail à complant, pratiqué dans le midi de la France (10), dans le Poitou, le Maine et le pays d'Aunis (11), etc., etc., se rattache aux plus anciennes coutumes de la France, et avait pour objet de favoriser et d'étendre la culture de la vigne. On en voit de fréquents exemples dans des chartes du Poitou, du Dauphiné, du Limousin, du Nivernais, des neuvième et dixième siècles (12). Les églises, surtout, et les monastères qui voulaient s'assurer leurs provisions de vins, sans être tributaires des lieux vignicoles, multipliaient ces sortes de concessions, et les moines s'imaginaient boire les délicieux vins de Falerne, dont la réputation s'était conservée jusqu'au milieu des rigueurs du cloître. « *Postquàm ista terra* IN AGRO FALERNICO *per quinquennium*, dit une charte de 898, donnée par un « abbé poitevin, *bene fuerit redacta* (13). » Une des clauses les plus usuelles, dans ces temps reculés, était de stipuler qu'au bout de 5 ou de 7 ans, la moitié du terrain complanté rentrerait dans les mains du bailleur, et que le preneur conserverait l'autre moitié, tantôt franche, libre et en toute propriété (14), tantôt moyennant certaines redevances déterminées par l'usage des lieux (15).

Ce contrat, fort ancien à l'époque dont nous parlons, car les titres se fondent déjà *sur les coutumes des Gaules* (*secundum Galliarum morem*) (16), introduisit ou développa la culture des vignes dans un grand nombre de provinces; il se perpétua jusqu'aux temps les plus modernes avec diverses modifications. On le trouve mentionné dans les coutumes d'Anjou (160), du Maine (177), de Saintonge (18, 21, 127), de la Rochelle (62), du Poitou (59, 82, 101, 75); c'était toujours un contrat par lequel on donnait un terrain à complanter en vigne, et à exploiter moyennant une certaine redevance, appelée *complanterie* (17). Lorsque la concession était perpétuelle, le bail à complant n'était autre chose dans son dernier état qu'un bail à rente; car il transférait la propriété (18). Le preneur a donc eu, depuis la révolution, le droit de racheter la redevance et de devenir propriétaire incommutable (19).

60. Quelquefois cependant le bail à complant, quoique perpétuel, n'était pas translatif de propriété; c'est ce qui avait lieu dans la Bretagne. Là, les preneurs n'étaient que des fermiers dont le titre se transmettait de génération en génération, à peu près comme dans le bail héréditaire d'Alsace. M. Merlin a pensé que le bailleur avait le droit de congédier le preneur quand bon lui semblait, comme dans le bail à domaine congéable dont nous parlerons tout à l'heure; mais c'est une erreur. Sans doute, il arrivait quelquefois que la durée de la concession était limitée; mais en général, elle était perpétuelle et même irrévocable, sauf le cas de mésus de la part du fermier (20). Du reste, cette circonstance n'empêchait pas le bailleur de rester propriétaire; c'est lui qui payait l'impôt (21); c'est lui qui fixait le jour de la vendange et permettait d'ouvrir la vigne (22). Le preneur n'aurait pu de son chef commencer à vendanger, tant son droit était précaire et subordonné; c'est encore le bailleur qui était chargé de la confection et de l'entretien des chemins; c'est lui qui fournissait au roi ou au seigneur l'aveu et dénombrement des vignes données à complant. Jamais les fermiers n'étaient admis à en donner. Cette tenure particulière à la Bretagne était donc bien différente du complant pratiqué dans le Poitou, le Maine et l'Aunis.

Aussi un avis du conseil d'État du 2 thermidor an VII, approuvé le 4 du même mois par le chef du gouvernement, a-t-il décidé que les preneurs à complant, dans le département de la Loire-Inférieure, sont des fermiers ordinaires, sauf la durée du bail, et que les bailleurs ont conservé la propriété des biens ainsi concédés (23); et un second avis du conseil d'État du 21 ventôse an X, approuvé le 22 fructidor de la même année, étend la même décision aux départements de la Vendée et de Maine-et-Loire, et partout, en un mot, *où les clauses des actes caractérisent la réserve de la propriété au bailleur* (24). Ces décisions

(1) Bret., sur Henrys, t. 1, l. 1, c. 3. q. 34. Coquille, sur Nivernais, t. *des Champarts*, XI. Pothier, sur Orléans, t. 4, *Des champarts et terrages*. Loyseau, *Déguerp.*, l. 1, ch. 5, n° 9. Despeisses, t. 3, t. 4, art. 3, sect. 4, p. 95, M. Championnière, t. 4, n° 3069.

(2) Du mot *agrarium*. V. Bignon, sur Marculfe, t. 2, p. 947. Loi des Bavarois, c. 1, t. 13. L. 2, C. Theod., *De veteran.*

(3) V. Ducange, v° *Camppars*. Il cite des chartes des douzième et treizième siècles. Voyez de plus la note 2.

(4) M. Merlin, Répert., v° *Champart*. M. Duvergier, t. 1, n° 182.

(5) Denizart, v° *Champart*, § 2, n° 2.

(6) V. mon Comm. des *Hypothèques*, n° 409.

(7) Rép. de M. Merlin, à ces mots.

(8) Id.

(9) Id.

(10) D'Olive, liv. 2, ch. 16.

(11) Répert, v° *Complant*.

(12) Ducange, les Rapports, v° *Complantum*, et elles se fondent sur l'usage du royaume, *sicut mos provinciæ docet*, dit une charte de 898.

(13) Ducange, *loc. cit.*

(14) V. dans Ducange, *loc. cit.*, une charte de l'église de Saint Cyr, de Nevers, de la quinzième année du règne de Lothaire.

(15) V. *loc. cit.*, la charte de 898 précitée.

(16) Cartulaire de Grenoble.

(17) Poitou, 75.

(18) Id., v° *Vignes*, p. 577, col. 2, et 579, col. 2. Valin, sur l'art. 6 de la Cout. de la Rochelle.

(19) M. Merlin, *loc. cit.*, v° *Vignes*. Arrêt de cassation. S., 19, 1, 119.

(20) Rapport de M. Boulay-Paty fait au conseil des Cinq Cents, au nom d'une commission spéciale chargée d'examiner la nature de ces baux (V. M. Duvergier, t. 1, n° 190).

(21) Avis du conseil d'État, du 4 thermidor an VIII.

(22) Rapport de M. Boulay-Paty.

(23) M. Merlin, Répert., v° *Vignes*.

(24) Sirey, 3, 2, 152.

sont fondées sur les vrais principes, et je ne saurais y voir, avec M. Duranton, un acte de faveur et une dérogation aux principes proclamés par la loi de 1790, sur le rachat des rentes; c'est, au contraire, l'appréciation saine et exacte d'une position toute spéciale, et qu'on ne saurait comparer sans erreur à celle des preneurs à rente, à emphytéose ou à locatairie perpétuelle.

61. Il y avait et il y a encore en Bretagne une tenure fort célèbre sous le nom de domaine congéable (1). C'est un contrat par lequel le propriétaire sépare le fonds de la superficie, et aliène celle-ci sous la faculté perpétuelle de rachat, au profit du preneur qui s'oblige à lui payer une redevance annuelle (2). Ce genre de bail, particulier à la Bretagne, peut y avoir été introduit par suite des longs voyages et des émigrations de ses marins. Le propriétaire qui s'absentait pour un temps indéterminé devait avoir à cœur de s'épargner les embarras de l'administration et de se dispenser des réparations des bâtiments, tout en s'assurant pendant son absence un revenu raisonnable. Or ce but était atteint par le bail à domaine congéable, combinaison ingénieuse et qui atteste l'originalité du peuple qui en est l'inventeur.

Il y a trois choses dans ce contrat : 1° rétention du fonds par le propriétaire; 2° vente et translation de la superficie au preneur, moyennant un canon annuel, appelé *rente convenancière;* 3° faculté perpétuelle et imprescriptible du propriétaire foncier de congédier le colon, en lui remboursant la valeur de la superficie.

Ces sortes de baux, respectés par la loi des 7 juin et 6 août 1791, puis un moment ébranlés par une loi spoliatrice du 27 août 1792, ont été relevés et consolidés par une loi postérieure du 9 brumaire an VI, et on doit respecter toutes les clauses qu'ils renferment et qui ne sont pas contraires aux dispositions générales du Code sur le *louage*. Ils sont encore pratiqués fréquemment en Bretagne. Le preneur peut aliéner son droit, il peut aussi l'hypothéquer; mais les hypothèques et aliénations qu'il concède sont subordonnées à la règle *resoluto jure dantis, resolvitur jus accipientis* (3).

62. Nous venons de passer en revue les différentes tenures qui présentent de l'analogie avec le bail à ferme, ou qui s'en écartent d'une manière fondamentale. La comparaison de ces relations si variées a fait toucher au doigt l'utilité de ce genre de contrat et le rôle qu'il joue dans la classe des dispositions relatives à la propriété. Nous verrons, par l'art. 1711, en quelles catégories il se subdivise suivant les objets auxquels il s'applique. Arrivons maintenant à une autre espèce de louage, dont s'occupe l'art. 1710. C'est celui qui a pour but d'utiliser non plus une chose, mais une industrie.

Article 1710.

Le louage d'ouvrages est un contrat par lequel l'une des deux parties s'engage à faire quelque chose pour l'autre, moyennant un prix convenu entre elles.

SOMMAIRE.

COMMENTAIRE.

63. L'industrie de l'homme est un bien qu'il peut mettre à la disposition de quelqu'un pour en tirer un profit légitime. Il se forme alors un contrat de louage appelé par notre article *louage d'ouvrages* (4). Le louage d'ouvrages, nerf de l'industrie, considère le travail comme un capital susceptible de négoce et productif d'un revenu. C'est un contrat par lequel l'une des parties s'engage à faire quelque chose pour l'autre, moyennant un prix convenu entre elles. Telle est la définition donnée par notre article (5).

64. En suivant cette idée que le travail est un capital productif, on doit appeler locateur, l'ouvrier qui le fournit à autrui en recevant un salaire; et la partie adverse qui le paye, preneur ou conducteur (6). Cependant il arrive quelquefois que c'est celui qui est chargé de l'ouvrage qui prend le nom de conducteur, tandis que celui qui le paye s'appelle locateur (7). Pothier voulait même que la règle fût d'appeler *locateur* celui qui s'oblige à payer, et *conducteur* celui qui reçoit le prix du louage (8). Mais cette règle était beaucoup trop absolue. Car s'il est vrai que louer soit donner une chose à faire ou une chose pour en jouir, *aliquid dare utendum vel faciendum* (9); on sera obligé de convenir que, dans le louage d'ouvrages, chaque contractant est tout à la fois locateur et conducteur. Cette idée, émise par la plupart des anciens au-

(1) MM. Champ. et Rigaud, t. 4, n° 3068.

(2) Répert., v° *Bail à domaine congéable* et *Congément*. M. Toullier, t. 3, n° 103. M. Duranton, t. 4, n° 89. M. Championnière, t. 4. n° 3063.

(3) V. pour le surplus un travail de M. Carré sur le *domaine congéable*, travail analysé par M. Duvergier, t. 1. n°s 212 et suiv., et le *Traité du domaine congéable*, par Aulanier.

(4) D'après Pothier, *Louage*, n° 392.

(5) La rédaction primitive portait : *Donne quelque chose à faire à l'autre*. (Fenet, t. 14, p. 217. Locré, t. 7, p. 153.) Le tribunat proposa de substituer : *à faire quelque chose pour l'autre*. (Fenet, t. 14, p. 279. Locré, t. 7, p. 184.)

(6) Paul, l. 22, § 2, D. *Loc. cond.*, « *Locat artifex operam suam.* » M. Ducaurroy, *Inst. expliq.*, n° 1049.

(7) Ulpien, l. 11, §, 3, et l. 13, §§ 1, 2, 3, D. *Loc. cond.*

(8) *Louage*, n° 392.

(9) Cujas, sur les Inst., t. *Loc. cond.*

teurs (1), a été complétée avec tant de clarté par Cujas (2), que je crois devoir lui en emprunter le développement.

Il y a, dit-il, des jurisconsultes qui pensent que le locateur est celui qui reçoit le prix, et que le conducteur est celui qui le paye; mais ce point de vue n'est pas toujours vrai; car très-souvent celui-là est locateur qui paye le prix, tandis que le conducteur le reçoit; par exemple, la personne qui charge un architecte de lui faire une maison est tout à la fois locateur et partie payante, et l'architecte est tout à la fois aussi conducteur et partie prenante. De même, l'individu qui prend un troupeau à garder, un vêtement ou un meuble à nettoyer, un enfant à élever, est conducteur, quoiqu'il reçoive un salaire (3). Donc, pour savoir qui est locateur ou conducteur, il ne faut pas rechercher qui paye le prix et qui en fait son profit. On ne doit s'attacher qu'à un seul point : c'est que le locateur est celui qui donne une chose à faire ou une chose pour en jouir, et que le conducteur est celui qui la reçoit. Voyons, en effet, quelques exemples propres à démontrer cette vérité. Celui qui me *donne* ses services pour soigner mes vêtements est locateur, et je suis conducteur. Mais il est évident aussi que celui qui *reçoit* mes vêtements pour les soigner, est conducteur, et que je suis locateur. Car s'il me fait jouir de son industrie, ce qui me constitue conducteur, je lui donne une chose à faire, ce qui me constitue locateur. De même, un professeur de droit qui *donne* ses soins pour l'enseignement de la jeunesse, est locateur; il fait profiter ses élèves de sa science et de ses leçons; *dat aliquid fruendum*. Mais aussi le professeur qui *reçoit* des élèves pour les former aux lettres ou au droit, est conducteur, et ses élèves sont locateurs; car ce sont eux qui lui donnent à faire leur éducation. *Dant aliquid faciendum*.

Mais, au milieu de cette double position, quelle est celle qui devra prévaloir? Car il faut fixer les rôles pour déterminer la nature de l'action. La réponse est simple. On examinera comment l'affaire s'est engagée : on recherchera laquelle des deux parties en a pris l'initiative; et celle qui aura donné l'impulsion, celle qui aura sollicité l'autre (4), celle-là prendra le nom de locateur et aura l'action *locati*; l'autre sera plutôt conducteur, et aura l'action *conducti*. Que si on ignore à qui appartient l'idée originaire du contrat (*quemadmodum inter contrahentes res* INITA FUERIT), on aura recours à l'action *præscriptis verbis*. Mais toujours il sera certain que louer, c'est *aliquid faciendum vel fruendum dare*, et que cette règle est invariable.

Cette doctrine de Cujas me paraît extrêmement plausible; et, dans le silence de la loi, elle était seule de nature à régler les situations respectives, et à donner la raison de préférence entre deux éléments si faciles à confondre.

La question s'est trouvée en face des rédacteurs du Code. Mais leur mission était différente de celle de l'interprète; ils devaient décider législativement ce que le commentateur ne pouvait trancher qu'en pesant des circonstances variables. Voici ce qui eut lieu. Le conseil d'État avait défini le louage d'ouvrages, « *un contrat par lequel l'une des parties* DONNE *quelque chose à faire à l'autre* (5). » Ici la pensée était évidente. La personne qui paye était le locateur, puisque c'est elle qui *donnait* la chose à faire; le *dare aliquid faciendum* l'emportant sur le *dare aliquid fruendum*, l'ouvrier était seul le conducteur.

Le tribunat proposa de modifier cette rédaction, et sa proposition fut adoptée. Au lieu de DONNER *quelque chose à faire*, on mit dans la loi : S'ENGAGE *à faire quelque chose pour l'autre* (6). Par là, les rôles tels que le conseil d'État les avait envisagés, se trouvèrent intervertis. L'ouvrier devint locateur. *La première obligation*, l'obligation dominante, fut celle de celui qui s'engage à faire, et l'obligation de payer le prix ne fut que le corollaire de ce point de départ. Le *dare aliquid fruendum* l'emporta sur le *dare aliquid faciendum*. L'industrie de l'ouvrier fut le point capital, la base de la convention. En faisant jouir la partie adverse de cette industrie, il satisfit à la règle de Cujas que louer, c'est *aliquid fruendum dare*.

Ainsi, d'après la saine intelligence de notre article, on doit tenir pour certain que désormais c'est l'ouvrier qui est vraiment locateur, et que celui qui le paye, est le véritable locataire ou conducteur. M. Mouricault en fit très-justement l'observation dans son rapport à l'assemblée générale du tribunat (7). On ne s'arrêtera donc plus aux dissidences de l'ancienne jurisprudence, à la contrariété des lois romaines, et aux définitions de Pothier. Le Code a posé une règle fixe, tirée de la matière même du contrat de louage d'ouvrages (8).

65. Comme le louage d'ouvrages est réglé dans le chapitre III de ce titre, nous renvoyons aux articles 1779 et suivants les observations que nous avons à faire sur sa nature, ses éléments, ses variétés.

ARTICLE 1711.

Ces deux genres de louage se subdivisent encore en plusieurs espèces particulières :
On appelle *bail à loyer*, le louage des maisons et celui des meubles;
***Bail à ferme*, celui des héritages ruraux;**

(1) Huberus, sur les Inst., *Loc. cond.* Vinnius, p. 621, n° 2.

(2) *Observat.*, lib. 2, c. 28.

(3) V. en effet Ulpien, l. 11, § 3, et l. 13, §§ 1, 2, 3, D. *Loc. cond.*

(4) Si tu me rocas et *ultrò mihi tuam operam defers*, dit Cujas.

(5) *Supr.*, n° 63, à la note.

(6) Expression du tribunat. (V. les observ. de la section. Fenet, t. 14, p. 279. Locré, t. 7, p. 184.) Il semblait qu'on eût sous les yeux la théorie de Cujas.

(7) Fenet, t. 14, p. 38. Locré, t. 7, p. 205.

(8) *Junge* M. Duvergier, t. 1, n° 6. Le Code bavarois (du *Louage*, art. 1.) décide que, soit dans le louage des choses, soit dans le louage d'ouvrages, celui qui reçoit le prix s'appelle *locateur*, et que celui qui use de la chose est *locataire*. (Conférer. de M. Ant. de St.-Joseph, p. 90). Ainsi il y a harmonie dans les résultats entre ce Code et le Code civil.

Loyer, le louage du travail ou du service (1);

Bail à cheptel, celui des animaux dont le prix se partage entre le propriétaire et celui à qui il les confie.

Les *devis*, *marché* ou *prix fait*, pour l'entreprise d'un ouvrage, moyennant un prix déterminé, sont aussi un louage, lorsque la matière est fournie par celui pour qui l'ouvrage se fait (2).

Ces trois dernières espèces ont des règles particulières (3).

SOMMAIRE.

COMMENTAIRE.

66. Notre article donne les subdivisions du louage des choses et du louage d'industrie. Ces subdivisions feront l'objet des développements qu'on lira dans notre travail. Comme le disait M. Galli, orateur du gouvernement (4), elles sont de toute évidence, et nous avons peu de chose à y ajouter ici, d'autant que nous serons forcé d'y revenir plus tard pour en exposer le sens et l'application.

Nous remarquerons cependant que, quoique l'article 1711 parle du louage des meubles à côté du louage des maisons et des héritages ruraux, cependant on ne trouve sous les rubriques qui vont suivre que deux dispositions qui s'appliquent à cette nature de propriété; ce sont les articles 1713 et 1757, et encore l'art. 1713 ne pose-t-il qu'une règle générale d'après laquelle il est permis de louer toutes sortes de biens meubles et immeubles.

Le Code n'est pas plus riche de préceptes non plus en ce qui concerne les baux des immeubles autres que les maisons et les biens ruraux. L'article 1747 est à peu près le seul qui s'en occupe, et encore est-il placé sous une fausse rubrique (5). Cependant ces sortes de baux acquièrent de jour en jour plus d'importance, l'industrie couvre notre sol d'usines, de manufactures, de machines incorporées aux fabriques; elle creuse dans le sein de la terre, des mines, des houillères, des carrières; elle ouvre des chantiers pour ses dépôts et pour ses constructions; elle prend à bail des chutes d'eau pour servir de puissance motrice. Il serait donc d'une mauvaise logique d'argumenter de ce silence du Code contre l'application des principes dans lesquels nous entrerons tout à l'heure, au louage des choses mobilières, par exemple, au louage des bâtiments de mer (6), des instruments de musique, des livres, etc., ou bien au louage des immeubles autres que les maisons et les biens ruraux. J'ai donc vu avec surprise des esprits, fort judicieux d'ailleurs (7), attacher de l'importance à ce silence et en tirer de dangereux arguments. On doit reconnaître que les règles données par le Code civil pour le bail des maisons et des biens ruraux s'appliquent par analogie, et en tant que la nature des choses le permet, au louage des autres immeubles et à celui des meubles. Cette observation a été faite par le tribun Mouricault (8), et elle n'a pas échappé à l'esprit méthodique de M. Zachariæ (9).

67. Au surplus, en nous conformant aux divisions adoptées par notre article, nous traiterons aux nos 112 et suivants, des règles communes aux baux des maisons et des biens ruraux;

Aux nos 326 et suivants, de celles qui s'appliquent spécialement aux baux à loyer;

Aux nos 630 et suiv. de celles qui sont particulières aux baux à ferme.

Le louage d'industrie fera la matière du commentaire des articles 1780 et suivants.

C'est alors que nous nous occuperons du louage des domestiques, des ouvriers, des voituriers, des devis et marchés, etc., etc.

Enfin, nous verrons sous les articles 1800 et suivants ce qui concerne le cheptel, qui n'est à vrai dire qu'une espèce de louage d'industrie mélangé de société, quoique M. Mouricault ait voulu en faire un louage de choses (10).

Mais avant d'aborder ces divisions nous parlerons sous l'article 1712 du louage des biens appartenant à d'autres qu'à des particuliers, et sous l'article 1713, des choses soit meubles ou immeubles, qui peuvent faire le sujet du contrat de louage.

68. On aperçoit, du reste, par les catégories faites

(1) Le projet primitif du conseil d'État ne contenait pas ces mots *du service*. Fenet, t. 14, p. 217. Locré, t. 7, p. 154.

(2) Ce dernier membre de phrase ne se trouvait pas dans le projet primitif (Fenet, *loc. cit.*). Il fut ajouté sur l'observation de M. Regnault, qui représenta que le devis est une convention qui *passe les bornes du louage*, lorsqu'elle comprend, indépendamment de la main-d'œuvre, la fourniture des matériaux. (Fenet, t. 14, p. 235. Locré, t. 7, p. 160, n° 4.) Ce n'est pas ce que pensait Paul; car il disait : « Quùm insulam ædicandam loco, ut « suà impensà conductor omnia faciat, *proprietatem quidem* « *eorum ad me transfert, et tamen locatio est*; locat enim artifex « operam suam, id est, faciendi necessitatem... » L. 22, § 2, D. *Loc. cond.*; mais voy. *Infr.*, sur l'art. 1787.

(3) Dans l'art. 4 du projet primitif du conseil d'État, ce dernier paragraphe était ainsi conçu : « Ces trois dernières espèces ne sont « comprises dans le louage que dans un sens très-étendu; elles ont « des règles particulières. » (Fenet, t. 14, p. 217. Locré, t. 7, p. 154.) Le tribunat demanda que la rédaction fût changée et réduite à ce qu'elle est aujourd'hui, *le surplus ayant paru trop vague et absolument inutile.* (Fenet, t. 14, p. 279. Locré, t. 7, p. 184, n° 4.)

(4) Fenet, t. 14, p. 312. Locré, t. 7, p. 192.

(5) *Infr.*, nos 514, 515.

(6) C'est du reste un sujet traité dans le C. de commerce.

(7) Par exemple, M. Duvergier, t. 1, n° 280, p. 255.

(8) Fenet, t. 14, p. 322, § *Du louage des choses.* Locré, t. 7, p. 198.

(9) T. 3, p. 2.

(10) Fenet, t. 14, p. 321, *in fine*. Locré, t. 7, p. 207, n° 20.

par notre article, que le contrat de louage prend plus spécialement le nom de *bail*, quand il s'applique aux maisons, aux biens ruraux, aux cheptels. On l'appelle alors *bail à loyer*, *bail à ferme*, *bail à cheptel*.

Ce mot *bail* appartient au plus ancien vocabulaire de la langue française. Il signifie, à proprement parler, le gouvernement ou l'administration d'une chose (1); c'est pourquoi on appelait jadis le tuteur du nom de *bajulus* ou *bail*. Baudouin, comte de Flandre, qui était tuteur de Philippe Iᵉʳ, roi de France, est qualifié dans les anciens actes ainsi qu'il suit : *Philippi Francorum regis ejusque regis procurator et* BAJULUS (2); en général l'administration du tuteur se nommait *bail* ou *baillie* (3); et comme le mari avait, dans ces temps de dureté aristocratique, un grand pouvoir sur la personne de sa femme, il est appelé *mari* et BAIL de son épouse : *bajulus uxoris* (4).

Dans un sens analogue, on appelait *bailli*, le syndic des corporations, parce qu'il administrait les choses de la communauté : *Bajulus artificum* (5); et ce mot prenait une acception plus relevée, mais toujours la même, quand on l'appliquait aux baillis des seigneurs, aux magistrats qui étaient chargés par eux de rendre la justice en leur nom. Mais le mot redescendait dans une sphère plus humble quand il servait à désigner le préposé d'un domaine rural, *baillivus domesticus*, celui que les Romains appelaient *villicus* (6).

C'est de cette source qu'est sorti le mot bail, *bajulatus*, synonyme de location (7). C'était l'application d'un terme générique à une position particulière. Car (on vient de le voir), dans tous les cas où le vieux langage français voyait la livraison d'un objet à une personne pour le soumettre à son gouvernement, à son administration, à sa protection, il voyait là un bail, une baillée.

Du reste, il ne faudrait pas s'étonner de trouver ce mot appliqué à des concessions de terres aboutissant à l'aliénation de la chose, comme par exemple, aux *baux à cens*, aux *baux à rente*. D'une part, si l'on remonte à l'origine, on aperçoit par tous les témoignages historiques que, sous l'empire des idées féodales, le droit que se réservait le propriétaire paraissait tellement supérieur, et pour ainsi dire, tellement majestatif (8), que le concessionnaire placé sur la ligne d'un vice-propriétaire subalterne, entrait tout naturellement dans la classe des baillistes et préposés du dernier étage ; d'autre part, le mot *bailler* prit par la suite de l'extension. Il n'impliqua plus nécessairement la pensée d'une garde, d'une administration pour autrui ; il signifia aussi donner ou livrer une chose à un titre quelconque, même à titre de propriétaire, et c'est en ce sens qu'il était vulgairement employé avant la révolution.

C'est donc à tort que M. Duvergier a cru que la dénomination de bail, *réservée pour le contrat de louage*, n'a été étendue que par un abus de mots à d'autres tenures plus voisines de l'aliénation (9). Le contrat de louage ne peut pas plus réclamer le mot *bail* comme sien, que tous les autres contrats dans lesquels le propriétaire transfère sa chose en y retenant un droit. En soi, le mot bail est générique, et pour fixer la nature de la livraison, de la concession qu'il rappelle à l'esprit, il faut un régime qui le complète. De là, *bail* A CENS, *bail* A RENTE, *bail* A COMPLANT, *bail* A EMPHYTÉOSE, *bail* A DOMAINE CONGÉABLE, *bail* A NOURRITURE, *bail* A CHEPTEL, etc., etc. Si quelquefois nous disons un bail tout court, pour désigner un contrat de louage, c'est que les autres espèces de baux sont devenues très-rares dans notre droit moderne, tandis que le bail-louage est d'un usage très-fréquent.

Quant aux mots *ferme* et *cheptel*, nous en donnerons l'étymologie au n° 631, et sous l'art. 1800.

Article 1712.

Les baux des biens nationaux, des biens des communes et des établissements publics sont soumis à des règlements particuliers.

SOMMAIRE.

69. Transition. Règles spéciales pour les baux des biens nationaux, des biens des communes et des établissements publics.
70. Règles relatives aux baux DES BIENS NATIONAUX. Ne sont plus passés judiciairement. Devant quelle autorité ont lieu.
71. Conditions qu'ils doivent contenir.
72. Si les baux passés administrativement emportent hypothèque de plein droit. Si l'hypothèque spéciale ne peut résulter que d'un contrat notarié? Exécution des baux administratifs.
73. Baux des bacs et eaux minérales appartenant à l'État.
74. Baux des biens dépendants du DOMAINE DE LA COURONNE.
75. Baux DES BIENS DES COMMUNES.
76. Baux des BIENS DES ÉTABLISSEMENTS PUBLICS ET HOSPICES. Législation primitive.
77. Décret du 12 août 1807, relatif aux hospices.
78. Combinaison de ce décret avec les lois antérieures. A-t-il abrogé la peine de nullité pour le cas où les baux auraient été faits sans publication et affiches?
Loi du 25 mai 1835, qui proroge à dix-huit ans la durée ordinaire des baux.
Formalités pour les baux excédant dix-huit ans.
79. Baux des maisons et biens ruraux des fabriques, séminaires, écoles ecclésiastiques, chapitres, cures, etc.
80. Location des chaises et concessions de bancs dans les églises.

---

(1) Ducange, v° *Balia* : quævis rerum administratio, et v° *Bajulia* : protectio, tutela. *Junge* Coquille, *Introd. à la Cout. du Nivernais*, p. 7, et Pasquier, Rech., l. 2, ch. 14, p. 118 (B).

(2) Id., v° *Bajulus*.

(3) Id., BALLIA, BAILLIA, BALLIUM, *voces*, dit-il, *deductæ à* BAJULUS.

(4) Ducange, v° *Bajulus*.

(5) Id.

(6) Id.

(7) Id.

(8) Vieux mot français.

(9) T. 1, n° 140.

COMMENTAIRE.

69. Quoique les principes généraux qui gouvernent le contrat de louage soient, quant au fond du droit, la règle des baux qui intéressent l'État, les communes et les établissements publics; cependant des règlement particuliers ont créé à leur égard certaines mesures de surveillance et de protection dont notre article veut qu'il soit tenu compte. Passons en revue ces garanties spéciales.

§ Ier.

Des baux de biens nationaux.

70. D'après les lois romaines et dans l'ancienne jurisprudence, les biens et droits appartenant à l'État ne pouvaient être affermés qu'en justice (1) et les adjudications qui en étaient passées s'appelaient *baux judiciaires*. Ces baux ne différaient des baux ordinaires, qu'en ce que la justice intervenait pour les adjuger au plus offrant et dernier enchérisseur, et pour corroborer par son autorité le consentement des parties. Aujourd'hui, ces baux se font à la diligence des receveurs de la régie des domaines, devant le sous-préfet de l'arrondissement où les biens sont situés et à la chaleur des enchères (2).

Ils sont annoncés un mois d'avance par des publications, de dimanche en dimanche, à la porte des églises paroissiales de la situation et à celles des principales églises les plus voisines, à l'issue de la messe de paroisse, et par des affiches de quinzaine en quinzaine aux lieux indiqués; l'adjudication est fixée à un jour de marché, avec désignation du lieu et de l'heure où elle se fera (3). Les conditions de l'adjudication sont réglées par le sous-préfet et déposées en son secrétariat, où il peut en être pris communication sans frais (4).

71. Les baux des droits incorporels doivent être passés pour 9 années; ceux des autres biens sont passés pour 3, 6, 9 années (5).

Les conditions en sont réglées par le sous-préfet et déposées en son secrétariat, où il peut en être pris communication sans frais (6).

Il est de règle de stipuler expressément celles qui suivent.

1° A l'entrée de la jouissance, il sera procédé par experts à la visite des objets affermés, ensemble à l'estimation du bétail et à l'inventaire du mobilier. Le tout sera fait contradictoirement avec le nouveau fermier et l'ancien, avec un commissaire délégué par le sous-préfet. Les frais de ces opérations seront à la charge du nouveau fermier, sauf son recours contre l'ancien, si celui-ci y était assujetti (7).

2° L'adjudicataire ne pourra prétendre aucune indemnité ou diminution du prix de son bail, en aucun cas, même pour stérilité, inondation, grêle, gelée et tous autres cas fortuits (8).

On sent toutefois que si cette clause était omise dans le cahier des charges, le preneur rentrerait sous l'empire du droit commun, tel qu'il est déterminé par l'art. 1722 du Code civil. M. Duranton semble être d'une opinion contraire (9); mais je ne puis la partager, car la loi dont je retrace les dispositions principales n'a pas posé en thèse que le fermier serait, de droit, hors du principe d'équité consacré par l'article 1722; elle se borne à ordonner de mettre dans le cahier des charges une stipulation formelle qui place l'adjudicataire dans une condition exceptionnelle.

3° L'adjudicataire sera tenu, outre le prix de son bail, d'acquitter toutes les charges annuelles dont il sera joint un tableau au cahier des charges; il sera tenu encore de toutes les réparations locatives et de payer les frais d'adjudication (10).

4° Il sera stipulé qu'en cas de vente, l'acquéreur pourra expulser le fermier, mais qu'il ne pourra le faire, même en offrant une indemnité, qu'après l'expiration de la troisième année, ou de la sixième si la quatrième était commencée, ou de la neuvième si la septième avait commencé son cours, sans que dans ces cas le fermier puisse exiger une indemnité.

5° L'adjudicataire sera tenu de fournir une caution solvable et domiciliée dans l'étendue du département, dont il rapportera la soumission par acte authentique, si elle n'est pas faite au secrétariat, dans la huitaine après l'adjudication; à défaut de quoi, il sera procédé à un nouveau bail à sa folle enchère (11).

72. D'après l'article 14 de la loi que nous analysons, le ministère des notaires n'est nullement nécessaire pour la passation des baux des biens domaniaux. Les baux passés devant l'administration sont sujets au contrôle et ils emportent hypothèque et exécution parée. La minute en est signée par les parties, si elles savent signer, et par le sous-préfet.

Mais en ce qui concerne l'hypothèque, cet article n'a-t il pas été abrogé par la loi de brumaire an VII et par le Code civil; par la loi de l'an VII, qui a substitué la spécialité à l'hypothèque générale de plein droit, seule usitée en France lors de la publication de la loi du 28 octobre 1791; par le Code civil, qui a voulu que l'hypothèque conventionnelle ne puisse être consentie que par un acte notarié (art. 2127)?

J'ai traité cette question, dans mon Commentaire des *Hypothèques*, sous ses faces diverses (12): je crois inutile d'y revenir; je dirai seulement ici que je regrette de me trouver en dissentiment avec un savant professeur, M. Duranton, qui croit que si l'hypothèque attachée par la loi de 1790 aux baux administratifs, a subi l'influence de la spécialité et de la publicité, rien n'oblige à la stipuler dans les formes notariées prescrites par l'art 2127 (13). Cet article me semble tellement général et surtout tellement impératif dans ses paroles restrictives, qu'il est difficile d'échapper à son influence.

L'exécution des baux administratifs des biens domaniaux se poursuit devant les tribunaux ordinai-

(1) Matthæus, *de Auctionibus*, liv. 1, ch. 3, Despeisses, *du Louage*, sect. 2, p. 50, n° 3, n° 6. M. Merlin, Répertoire, v° *Bail*, § 17, n° 2, l. 3, C. *De locat. prædior. civil.* Pothier, *Louage*, nos 376 et suiv. M. Duvergier, t. 1, nos 232, et 121 et suiv.

(2) Lois des 28 octobre, 5 novembre 1790, t. 2, art. 14; 6 frimaire an VII, § 4; 28 pluviôse an VIII.

(3) Art. 14 de la loi de 1790, précitée.

(4) Art. 15.

(5) Art. 16.

(6) Art. 17.

(7) Art. 18.

(8) Art. 19.

(9) T. 17, n° 41.

(10) Art. 20.

(11) Art. 21.

(12) T. 2, n° 505 *bis*.

(13) T. 17, n° 41. *Junge* M. Favard, v° *Louage*, sect. 1, § 4.

res (1), dans les formes prescrites pour le genre d'action qui compète à l'administration au profit de qui le bail a été passé. Si la matière est indéterminée ou excède le taux du dernier ressort, il y a faculté d'appel; ici ne s'applique pas la disposition de l'article 66 de la loi du 22 frimaire an VII, qui porte que les décisions des tribunaux de première instance sur les droits d'enregistrement sont sans appel (2).

Mais si la demande était fondée sur la prétendue irrégularité des adjudications des baux, la connaissance en appartiendrait au conseil de préfecture, sauf le recours au conseil d'État (3).

73. La ferme des bacs et passages d'eau est déterminée par un arrêté des consuls, du 8 floréal an XII.

Les baux des eaux minérales appartenant à l'État, sont réglés par l'art. 18 de l'arrêté du Directoire, du 29 floréal an VII; par un arrêté consulaire du 3 floréal an VIII.

§ 2.

Des baux des biens de la dotation de la couronne.

74. Les biens qui font partie de la dotation de la couronne ne peuvent pas être loués par baux excédant 18 ans, à moins qu'une loi ne le permette. Ces baux ne peuvent être renouvelés plus de trois ans avant leur expiration (4).

§ 3.

Des baux des biens des communes.

75. Dans l'ancienne jurisprudence, les baux d'une durée ordinaire, aussi bien que les baux à longues années, devaient être consentis par adjudication aux enchères publiques, dans l'assemblée des notables, après avoir été affichés trois fois, de quinzaine en quinzaine, aux lieux accoutumés. Il n'y avait que les biens dont le revenu n'excédait pas 100 livres, qui pussent être affermés par les officiers municipaux, sans le concours des notables et de gré à gré (5). Dans les campagnes, s'il se trouvait quelques portions de pré, marais ou pâtis inutiles à la jouissance commune, ces terrains « pouvaient être donnés à ferme, « après un résultat d'assemblée faite dans les formes, « pour une, deux ou trois années, par adjudication « des officiers des lieux », et le prix en était employé aux réparations des églises, dont les habitants étaient tenus, et aux affaires les plus urgentes de la communauté (6).

Aujourd'hui les baux à long terme sont autorisés et passés dans la même forme que les aliénations (7). On appelle ici baux à long terme ceux qui excèdent 18 ans (8).

Les baux de 18 années et au-dessous sont préparés par le maire, lequel dresse un cahier des charges qui, après avoir été soumis au conseil municipal et au sous-préfet, reçoit l'approbation du préfet; puis le maire procède à l'adjudication à la chaleur des enchères et après affiches et publications (9). C'est sans fondement que M. Merlin soutient que le droit de passer les baux des biens des communes appartient aux sous-préfets (10). Les lois administratives et la pratique sont également contraires à ce système (11).

Quand l'adjudication est faite, il en est passé acte devant un notaire nommé par le préfet, l'hypothèque n'a lieu qu'autant qu'elle est expressément réservée dans l'acte notarié (12). Quant aux baux des eaux minérales appartenant aux communes, il existe à cet égard des dispositions spéciales dans l'arrêté consulaire du 6 nivôse an XI, dans le décret du 30 prairial an XII et l'ordonnance du 18 juin 1823.

§ 4.

Des baux des biens des établissements publics et des hospices.

76. Continuons à nous armer de quelque patience pour pénétrer dans le fatigant dédale des lois qui ont réglé cette matière.

L'art. 1er de la loi du 5 février 1791 portait ce qui suit : « Les corps, communautés et établissements « publics, tant ecclésiastiques que laïques, conservés et « auxquels l'administration de leurs biens est laissée « provisoirement (13), ne pourront faire des baux pour « une durée excédant 9 années, *à peine de nullité*. »

L'art. 2 ajoutait : « Ces baux ne pourront, *à peine* « *de nullité*, être passés qu'en présence d'un membre « du directoire du district dans les lieux où se trouveront fixés ces établissements, ou d'un membre « du corps municipal, dans les lieux où il n'y aura pas « d'administration de district. Les formalités (d'affi- « ches et d'enchères publiques) prescrites par l'arti- « cle 13 du titre 2 de la loi du 5 novembre 1790, se- « ront observées pour la passation desdits baux, *à* « *peine de nullité* (14). »

77. Mais une loi du 16 messidor an VII modifie, en ce qui concerne les hospices, la défense d'étendre au delà de 9 ans la durée des baux. « Les biens-fonds « des hospices (porte l'art. 1) seront affermés de la « manière prescrite par les lois. *Les maisons* NON AF-

(1) M. Merlin, Répert., vo *Bail*, § 17. « Attendu, dit très-bien la « cour de cassation dans un arrêt du 11 novembre 1834 (D. 35, 1, 17; Palais, 1835, t. 1, p. 465), que les tribunaux sont compétents pour statuer sur l'exécution d'un bail, quoiqu'il soit au nom d'une administration publique. »

(2) Duranton, t. 17, no 41.

(3) M. Merlin, *loc. cit.*, et vo *Acte administratif*.—Les formalités exigées par les lois des 5 nov. 1790 et 5 février 1791, pour la validité des baux de certaines administrations, ne sont introduites qu'en faveur de ces administrations, auxquelles on ne peut opposer l'inobservation de ces formalités. 7 juillet 1827, c. de cass. de Brux., Jurisp. de Belg., 1828. 1, 17. Dans le royaume des Pays-Bas les débats sur la propriété étaient de la compétence des tribunaux ordinaires, aux termes de la loi fondamentale, il en est encore de même d'après la constitution belge. (*Édit. belge.*)

(4) Sénatus-consulte du 30 janvier 1810, art. 14. Loi du 8 novembre 1814, art. 15. L. du 2 mars 1832, art. 11.

(5) Édit d'août 1764, art. 26. M. Leber, *Hist. critiq. du pouvoir municipal*, p. 554.

(6) Ord. de 1669, t. 25, art. 7.

(7) Loi du 5 novembre 1790, t. 2, art. 13.

(8) Loi du 25 mai 1835, V. *Infr.*, no 77.

(9) L. du 14 décembre 1789, art. 50. Loi du 28 pluviôse an VIII, art. 9 et 14. Décret du 7 germinal an IX. Ord. du 7 octobre 1818. Arg. du décret du 12 aout 1807.

(10) V. *Bail*, § 18, au Répert. *Junge* M. Dalloz, *Louage*, p. 913, no 18, in-8o p. 4.

(11) M. Favard, Répert., vo *Louage*. M. Duranton, t. 17, no 42.

(12) Mon. Comm. des *Hypothèq.*, no 505.

(13) Par l'art. 1, t. 1, de la loi du 23 octobre (5 novembre 1790).

(14) Sur l'hypothèque de ces baux administratifs, voyez mon Commentaire des *Hypothèques*, no 503 *bis*.

« FECTÉES A L'EXPLOITATION DES BIENS RURAUX, *pourront « être affermées par baux à longues années ou à vie*, « et aux enchères en séance publique, après affiches. « Ces baux n'auront d'exécution qu'après l'approba- « tion de l'autorité chargée de la surveillance immé- « diate (1). »

A l'égard des biens ruraux, la défense de les affermer pour plus de neuf ans subsiste dans toute sa force. Mais il pourrait y être dérogé par des décrets spéciaux.

En effet, l'art. 1 de l'arrêté du gouvernement du 7 germinal an IX porte : « *Aucun bien* RURAL apparte- « nant aux *hospices*, aux *établissements d'instruction « publique*, aux *communautés d'habitants*, ne pourra « être concédé à bail à longues années, *qu'en vertu « d'un arrêté spécial du gouvernement.* »

Par un autre arrêté, les mêmes autorisations et les mêmes formalités sont requises pour que la résiliation ou la modération du prix des baux ordinaires des biens des pauvres et des hospices puissent être consenties par les commissions administratives des hospices ou par les bureaux de bienfaisance.

Au surplus, nous verrons tout à l'heure que des dispositions législatives récentes ont beaucoup étendu la durée ordinaire des baux à ferme des hospices.

77. Quoi qu'il en soit, tel était l'état des choses lorsque le gouvernement crut utile de le modifier par le décret du 12 août 1807. Il faut le commenter dans son entier.

« Art. 1. A compter de la publication du présent « décret, les baux à FERME *des hospices et autres éta- « blissements publics de bienfaisance ou d'instruction « publique*, POUR LA DURÉE ORDINAIRE, seront faits aux « enchères, par-devant un notaire, qui sera désigné « par le préfet du département, et le droit d'hypothè- « que sur tous les biens du preneur, y sera stipulé « par la désignation, conformément au Code civil.

« Art. 2. Le cahier des charges de l'adjudication « et de la jouissance sera préalablement dressé par la « commission administrative, le bureau de bienfai- « sance, ou le bureau d'administration, selon la na- « ture de l'établissement.

« Le sous-préfet donnera son avis, et le préfet ap- « prouvera ou modifiera le cahier des charges.

« Art. 3. Les affiches pour l'adjudication seront « apposées *dans les formes et aux termes déjà indi- « qués par* LES LOIS *et règlements* (2). En outre, leur « extrait sera inséré dans le journal du lieu de la « situation de l'établissement, ou, à défaut, dans ce- « lui du département, selon qu'il est prescrit à l'arti- « cle 683 du Code de procédure civile.

« Il sera fait mention du tout dans l'acte d'adjudi- « cation.

« Art. 4. Un membre de la commission des hospi- « ces, du bureau de bienfaisance, ou du bureau « d'administration, assistera aux enchères ou à l'ad- « judication.

« Art. 5. Elle ne sera définitive qu'après l'approba- « tion du préfet du département, et le délai pour l'en- « registrement sera de 15 jours après celui où elle « aura été donnée.

« Art. 6. Il sera dressé un tarif des droits des notai- « res pour la passation des baux dont il est question « au présent décret, lequel sera approuvé par nous, « sur le rapport de notre ministre de l'intérieur. »

78. Résumons maintenant celles des dispositions qu'on vient de lire qui n'ont pas été frappées d'abrogation, et se concilient avec le décret du 12 août 1807.

S'agit-il d'un bail à ferme, de 3, 6, 9 années, c'est-à-dire d'une durée ordinaire, le décret précité est la loi en vigueur ; il substitue le ministère des notaires à celui des administrations de district et de municipalité ; il veut une stipulation expresse d'hypothèque, conformément à l'art. 2127 du Code civil (3). Du reste, en ce qui concerne les affiches, il faut le combiner avec l'art 2 de la loi du 5 février 1791, qui prononce la peine de nullité. C'est un point auquel n'ont pas fait attention MM. Favard (4) et Duranton (5), qui pensent qu'aucune des lois qui règlent la forme des baux des établissements publics ne prononce la peine de nullité en cas d'infraction à leurs dispositions. Il est vrai qu'un arrêt du conseil du 21 octobre 1818, approuvé par M. Duvergier (6), décide « qu'aucune *loi spéciale ne prescrivant* A PEINE DE « NULLITÉ les formes d'affiches et d'enchères pour les « baux des établissements britanniques de Paris, le « ministre de l'intérieur avait pu valablement approu- « ver les baux faits sans l'observation de ces formali- « tés (7). » Mais les *lois spéciales* citées au n° 76 et rappelées dans le décret du 12 août 1807, ne démontrent-elles pas un oubli singulier de part du conseil d'État ?

Quant aux baux à loyer, ils restent sous l'empire de la législation antérieure au décret du 12 août 1807, lequel ne s'occupe que des baux à ferme.

Maintenant, il y a une remarque à faire; nous nous sommes placés sur le terrain du décret du 12 avril 1807, qui restreignait à 3, 6, 9, la durée ordinaire des baux de biens ruraux. Mais la loi du 25 mai 1835 a décidé que les communes, hospices, et tous les autres établissements publics, pourront désormais affermer leurs biens ruraux pour 18 années et au-dessous, sans autres formalités que celles prescrites pour les baux de 9 années. On a pensé que ce laps de temps était peu considérable pour des établissements qui se perpétuent, et qu'il ne dépassait pas la juste latitude qu'il convient de laisser aux administrateurs locaux pour la gestion des propriétés confiées à leur surveillance. On a voulu d'ailleurs mettre sous les yeux des particuliers un exemple qui encourageât les baux à longs termes, si favorables à l'agriculture. On appliquera donc aux baux de 18 ans tout ce que nous avons dit des baux de 3, 6, 9 années.

Mais s'il s'agit de baux à ferme d'une plus longue durée, il faut qu'ils soient autorisés par une ordonnance du roi. Lorsque l'ordonnance du roi est accordée, le bail est passé par acte notarié, et après affiches, conformément au décret du 12 août 1807, qui par analogie doit ici servir de guide; car si le ministère des notaires et les affiches sont nécessaires pour les baux de 9 ans, combien à plus forte raison pour les baux d'une plus longue durée !

Mais si un bail dépassant 18 ans était consenti sans une ordonnance du roi, serait-il nul, ou seulement réductible? La raison de douter vient de l'article de la loi du 5 février 1791 qui prononçait la peine de nullité. Mais cette disposition rigoureuse n'a été ni rejetée ni rappelée dans aucun des actes législatifs qui ont suivi et qui ont réglé la matière. Je pense donc qu'il faut s'arrêter au parti le plus indulgent, *ad humaniorem*

(1) Le sous-préfet. M. Merlin, Répert., v° *Bail*, p. 588, col. 1, n° 4, in-8°, p. 374, n° 2.

(2) On les a vus tout à l'heure au n° 76.

(3) V. mon Comm. des *Hypothèq.*, n° 505 *bis*.

(4) Répert., v° *Louage*.

(5) T. 17, n° 44.

(6) T. 1, n° 137.

(7) Sirey, Jurispr. du conseil d'État, t. 5, p. 1.

sententiam, et prendre la raison de décider dans les art. 595, 1429, 1430 et 1718 du Code civil, qui se bornent à réduire les baux d'une durée excessive à la durée légale. — C'est ce qu'a fait, du reste, le décret du 6 novembre 1813, en ce qui touche les baux des biens des séminaires, des cures, chapitres, évêchés (art. 9); c'est ce qu'ont décidé le sénatus-consulte du 30 janvier 1810, art. 14, et la loi du 8 novembre 1814, art. 15, en ce qui concerne les baux des biens dépendant du domaine de la couronne. Ces analogies sont décisives : elles montrent que l'esprit de la législation a été de supprimer une peine de nullité sans utilité, pour se rattacher à la sanction plus sage et plus efficace écrite dans les articles du Code civil qui forment le droit commun (1).

79. En ce qui touche les baux des maisons et des biens ruraux des fabriques, ils sont stipulés par le bureau des marguilliers dans la forme déterminée pour les baux des biens communaux (2).

Si ces baux excèdent 18 ans, il faut une ordonnance du roi rendue après une délibération du conseil de fabrique, et l'avis de l'évêque diocésain (3).

On suit des dispositions à peu près semblables pour les baux des biens des séminaires, des écoles ecclésiastiques, des chapitres, des cures, des évêchés (4), etc.; quand il s'agit de baux d'une durée inférieure à 9 ans, la convention peut même dans certains cas se former de gré à gré (5).

80. Le décret du 30 décembre 1809 a réglé les formes spéciales auxquelles sont assujetties les locations de chaises et les concessions de bancs dans les églises par les fabriques (6).

CHAPITRE II.

DU LOUAGE DES CHOSES.

Article 1713.

On peut louer toutes sortes de biens meubles ou immeubles.

SOMMAIRE.

81. Vice de rédaction de cet article.
82. Quelles sont les choses qu'on peut louer et celles qu'on ne peut louer.
83. 1° Des choses qu'on peut vendre sans pouvoir les louer. On ne peut louer les choses fongibles. Exemples. La location de parties de mine à exploiter équivaut-elle à une vente?
Exception à la prohibition de louer les choses fongibles.
84. On ne peut louer une créance.
85. On ne peut louer un office quoiqu'on puisse le vendre.—Renvoi.
86. 2° Des choses qu'on peut louer quoiqu'elles ne puissent être vendues.
Des immeubles dotaux.
87. De l'industrie d'un homme.
88. 3° Des choses qu'on ne peut ni vendre ni louer.
Droit d'usage, droit d'habitation.
89. Des servitudes séparées du fond.
90. Des choses du domaine public. Des places dans les rues.
91. Des églises, des cimetières, des halles.
92. On ne peut louer un office public.
93. 4° Des choses qu'on peut louer en général. Mines, — Carrières, — linge, — meubles, — livres, etc.
94. Du droit de chasse.
95. Des conditions dans lesquelles doit se trouver la chose. Il faut d'abord qu'elle existe. *Quid* de la perte totale ou partielle au moment du contrat?
96. On peut louer une chose indéterminée.
97. On ne peut prendre à loyer sa propre chose.
98. Du bail de la chose d'autrui. Il est valable; réfutation de l'opinion contraire.
99. Mais le bail ne se soutient alors que par la bonne foi du preneur. *Quid* s'il y a mauvaise foi?
100. Du bail de la chose indivise ou soumise à une condition résolutoire.

COMMENTAIRE.

81. Le louage des choses va nous occuper.

Et d'abord quelles sont les choses qui peuvent faire l'objet d'un contrat de louage? L'art. 1713 répond à cette question par une de ces généralités qui sont souvent fautives. « On peut louer, dit-il, toutes sortes de « biens meubles ou immeubles. » Évidemment nous n'avions pas besoin de l'art. 1713 pour savoir cela : les articles 1127 et 1128 du Code civil nous l'avaient déjà dit. Au lieu de se borner à une stérile répétition, n'eût-il pas été mieux de sortir de ces vagues déclara-

(1) *Junge* M. Duvergier, t. 1, n° 138.

(2) Décret du 30 décembre 1809, art. 60.— Le bureau des marguilliers ne peut valablement faire des baux pour un terme de plus de neuf ans, sans observer les formalités prescrites par le décret du 30 déc. 1809, 15 mars 1821. C. de Brux., Jur. de Belg., 1821, 1, 165. (*Édit. belge.*)

(3) Art. 62 de ce décret. Loi précitée du 25 mai 1835. Voy. *Supr*, n° 78, *in fine*.

(4) Art. 9 du 6 novembre 1813.

(5) Art. 69 du même décret.

(6) Art. 67 et suiv.

tions, pour entrer dans quelque chose de plus précis et montrer dans quels cas le principe écrit dans l'art. 1128 souffre des exceptions (1)?

Suppléons donc par l'interprétation à ce que l'article 1713 a de trop absolu.

82. Il y a des choses qu'on ne peut louer quoiqu'on puisse les vendre; il y en a qui peuvent être louées quoiqu'elles ne puissent être vendues; il y en a qu'on ne peut ni louer ni vendre; enfin il y en a, et c'est le plus grand nombre, qu'on peut louer aussi bien que les vendre.

83. 1° On ne peut louer les choses qui se consomment par l'usage, quoiqu'elles soient susceptibles de vente (2). Comment, en effet, le locataire pourrait-il user de ces choses sans les consommer, c'est-à-dire sans s'en servir comme le fait un propriétaire? et s'il les consomme, comment pourrait-il les conserver et les rendre précisément au maître suivant la loi invariable du contrat de louage (3)? Il ne peut donc pas y avoir de louage d'une barrique de vin, d'une corde de bois, etc.

Observez cependant que la force du droit d'accession fait nécessairement comprendre dans le nombre des parties de l'objet loué, les choses fongibles que le propriétaire y a attachées pour son exploitation. Ainsi les pailles et engrais placés dans la ferme pour l'amélioration des terres (art. 524) font partie intégrante des objets dont le fermier profite, à charge cependant d'en représenter à sa sortie une égale quantité (art. 1778). Ici, la destination du père de famille et l'accession opèrent indirectement ce qui ne pourrait se faire directement et principalement. C'est ce qui arrive souvent dans le droit. Une loi romaine a dit des personnes : *Sæpè quod quis ex suâ personâ non habet, hoc per extraneam petere potest* (4). On peut en dire autant des choses.

Il arrive quelquefois que dans la location d'une forge ou d'une fabrique, on convient que le locataire pourra se servir des minerais, bois, charbons, matières premières, etc., existant dans l'usine et nécessaires pour assurer son roulement. Ce cas ne doit pas être confondu avec le précédent; car ces objets ne sont pas un accessoire nécessaire de la forge et de la fabrique; ils ne sont pas immeubles par destination (5); ils ne suivent pas la condition de la chose principale. On tomberait donc dans un abus de mots et d'idées, si l'on disait que ces matières sont louées. Elles ne le sont pas et ne peuvent pas l'être : leur nature s'y oppose invinciblement. La vérité est qu'elles sont ou vendues ou prêtées à usage, suivant les cas. Il faut donc se défier d'un arrêt de la cour de Paris, du 21 mars 1822, qui, dans une hypothèse semblable à celle qui vient de nous occuper, a décidé que le propriétaire pouvait reprendre, comme locateur, les matières premières qu'il avait livrées au preneur avec l'usine louée (6). L'équité et la faveur d'un cas particulier l'ont emporté ici sur les vrais principes. Mais les vrais principes sont toujours bons à rappeler (7).

Nous disons donc qu'excepté le cas où une chose fongible est identifiée par accession avec un objet principal donné à bail, elle n'est pas susceptible de louage principalement et par elle-même.

Toutefois il ne serait pas impossible de louer *ad ostentationem tantùm* des choses fongibles que l'on recevrait pour les montrer à quelqu'un auprès de qui on voudrait s'en faire honneur, et à charge de les rendre *in individuo* (8). On m'a cité l'exemple d'un avare qui, contraint de donner à dîner lorsqu'il maria sa fille, loua, chez le Chevet de l'endroit, un pâté de Strasbourg qu'il fit figurer sur sa table avec défense à ses domestiques d'y porter le couteau destructeur. Les convives en eurent la vue, et probablement aussi l'envie, et le lendemain la pièce revint saine et sauve chez le marchand. Il faut trouver des caractères de cette originalité et des circonstances aussi singulières pour concevoir l'exemple du louage de choses fongibles. Au surplus, nous examinerons au n° 93 certains cas qui, malgré une apparente analogie, ne devront pas être confondus avec le bail de choses fongibles.

84. On ne peut non plus louer une créance, quoiqu'elle soit susceptible de cession. Si je vous charge de recouvrer le montant de mes billets, c'est un mandat que vous accomplissez; mais on ne conçoit pas le louage d'une chose de cette espèce. Elle ne saurait être pour le preneur, obligé de la faire valoir et d'en rendre le montant avec les intérêts, le sujet d'une véritable jouissance. La cause du louage manquerait (9).

85. Nous verrons, au n° 92, qu'il y a certains offices qu'on peut vendre sans pouvoir les louer.

86. 2° Il y a des choses qui peuvent être louées quoiqu'elles ne puissent être vendues.

Par exemple, les biens dotaux se louent pendant le mariage, et cependant ils sont inaliénables. Il en est de même des biens composant un majorat, et des biens domaniaux, lesquels ne peuvent s'aliéner que par une loi (10).

87. Nous verrons aussi, quand nous parlerons du louage d'ouvrages, qu'un homme peut se louer, quoique sa personne soit de trop haut prix pour être vendue (11).

88. 3° Il y a des choses qu'on ne peut ni vendre ni louer.

Nous citerons un droit d'usage (12), un droit d'habitation (13), car ces droits sont purement personnels (14); c'est en quoi ils diffèrent de l'usufruit, qui est cessible par sa nature (15).

89. Lorsqu'un droit de servitude est constitué sur un immeuble au profit d'un immeuble voisin, on ne peut pas plus le louer que le vendre séparément du fonds (16). L'intérêt manque en effet pour servir de base à un tel contrat. Que ferait un tiers d'une servitude qui n'a qu'une utilité relative et nullement une utilité absolue (17)?

Du reste, il est inutile de dire qu'une servitude

(1) V. le C. de la Louisiane, art. 2647, et le C. bavarois, art. 3, Tit. du *Louage*, dans la *Conférence* de M. de Saint-Joseph, p. 89 et 90. La rédaction de ces articles est plus complète que celle de notre article.

(2) Arg. de la loi 3, § dernier, D. *Commodati*, qui dit : *Non potest commodari id quod usu consumitur*. Domat, *Louage*, sect. 1, n° 4. Pothier, n° 11. Code bavarois et Code de la Louisane, articles précités.

(3) Sur les choses fongibles (V. M. Proudhon, *Usufruit*, t. 1, n° 120).

(4) L. 13, D. *quæ res pignor.*, *infr.*, n° 89.

(5) M. Proudhon, t. 3, n° 1141 et 1143. *Infr.*, n° 460.

(6) Palais, 1822, t. 2, p. 31.

(7) *Junge* M. Duvergier, t. 1, n° 81.

(8) M. Duranton, t. 17, n° 21, M. Duvergier, t. 1, n° 81.

(9) Art. 1707, C. C. Pothier dit qu'il est de l'essence du louage qu'il y ait une certaine jouissance, n° 12.

(10) Pothier, n° 10. M. Duranton, t. 17, n° 25.

(11) Pothier, n° 10.

(12) Art. 631. C. C. L. 11, D. *De usu*. Pothier, n° 19.

(13) Art. 634, C. C.

(14) Mon Comm. de la *Vente*, n° 225.

(15) Art. 595, C. C.

(16) Ulp., l. 44, D. *Locati*, art. 685 C. C. M. Duvergier, n 67.

(17) Mon Comm. des *Hypothèques*, n° 402.

active se trouve comprise comme accessoire dans le bail de la chose à laquelle elle est attachée, et que le fermier en profite comme le propriétaire lui-même. C'est encore un cas où la puissance du droit d'accession procure un résultat qui ne pourrait être directement obtenu (1).

Il faut observer, au surplus, que, de même que je peux vous vendre la permission de passer sur mon fonds, de même je suis libre de vous la louer (2); c'est en quelque sorte une portion de mon héritage que je vous donne à bail.

90. On ne peut louer les choses qui sont dans le domaine public, comme les rues, les places, les grands chemins (3).

Il arrive cependant quelquefois que, par tolérance ou pour une utilité municipale, les villes louent provisoirement quelques emplacements nécessaires à des marchands pour stationner sur la voie publique. Mais ces concessions sont toujours faites de manière qu'elles ne gênent pas le droit de circulation des habitants, droit supérieur à tous les autres et que rien ne doit ébranler (4).

91. Une église, tant qu'elle est consacrée au culte, n'est pas non plus susceptible de location. On doit en dire autant des cimetières.

Toutefois, on loue des bancs et des chaises dans les églises, parce que la destination principale du lieu ne s'en trouve pas affectée. On loue aussi, par le même motif, la tonte de l'herbe et l'émondage des arbres d'un cimetière (5). Enfin, on met en location les places d'une halle, d'un marché, d'un chantier, d'un port, etc.; car cet usage rentre dans la destination spéciale de la chose. Quand nous avons dit que le louage des choses *publici juris* est interdit, nous avons voulu parler d'un louage qui en ferait passer la jouissance exclusive à un seul. Mais rien ne défend de mettre en location certains accessoires, certains démembrements de ces choses, susceptibles de tomber dans le commerce, parce que le fonds reste avec son affectation publique.

92. On ne peut donner à bail un office public dont on est investi. Les fonctions sont personnelles; le titulaire seul peut les exercer; et quoique certaines charges soient susceptibles d'être vendues, comme celles de notaire, d'avoué, de greffier, d'huissier, cependant elles ne peuvent faire l'objet d'un contrat de bail. Nouvel exemple de cette vérité que nous avons montrée ci-dessus (6), savoir, que tout ce qui peut être vendu ne peut être loué.

93. 4° A part les exceptions que nous venons de rappeler, on peut louer toutes sortes de choses, meubles ou immeubles, corporelles ou incorporelles.

Ainsi l'on peut louer un cheval, une tapisserie;
Une maison, une terre, un pré, une chute d'eau;
Un droit d'usufruit, de superficie;
Un péage, un droit d'octroi;
Des livres destinés à être lus (7);

Des habits, du linge, des machines, des meubles, quoique ces choses soient de nature à se détériorer peu à peu par l'usage; car cette condition de s'altérer lentement et insensiblement ne doit pas les faire comparer aux choses fongibles, dont la nature est de s'altérer par le premier usage (8), etc.

A ce propos, nous devons nous livrer ici à quelques réflexions sur les baux de mines et carrières, qui, dans ces derniers temps, ont donné lieu à de fréquentes controverses.

On sait que la loi du 21 avril 1810, en même temps qu'elle a déclaré les mines concédées, propriété perpétuelle, disponible, transmissible, a ajouté cependant qu'elles ne pourraient être ***vendues par lots ou partagées, sans une autorisation préalable du gouvernement donnée dans les mêmes formes que la concession.*** Le législateur n'a pas voulu que l'unité de la concession fût rompue par des aliénations ou exploitations partielles, parce que les travaux entrepris par les acquéreurs ou copartageants, chacun pour son propre compte, peuvent compromettre, de la manière la plus grave, la conservation des gîtes. La division de la concession, en substituant à l'intérêt unique qui doit présider à l'exploitation, des intérêts divers, et souvent contraires entre eux, a paru un danger tellement sérieux, que la loi a dû restreindre ici la puissance et l'étendue du droit de propriété.

Mais qu'est-il arrivé? C'est que l'intérêt particulier, toujours si habile à trouver le point défectueux de la loi, s'étant aperçu que le législateur n'avait parlé que des ventes partielles ou des partages, s'est soustrait à l'unité d'exploitation en passant des baux partiels, des amodiations fractionnées de la mine concédée.

Alors l'administration s'est émue. Elle a redouté les dangers d'une exploitation affranchie d'une direction unique, et pour faire annuler ces baux partiels, elle a soutenu qu'ils étaient de véritables ventes par lots; car, disait-elle, les substances minérales n'étant pas de nature à se reproduire, c'est les aliéner véritablement que d'en affermer l'extraction.

Cette prétention a été proscrite, et elle devait l'être. La chambre des requêtes l'a repoussée par arrêt du 20 décembre 1837 (9).

D'abord, l'administration convient, dans ses instructions, qu'on peut louer en totalité la concession d'une mine. Elle accorde ce point de bonne grâce, parce que, dans ce cas, il n'y a aucun danger pour les gîtes; en effet, le preneur étant au lieu et place du concessionnaire, les travaux s'exécutent avec l'ensemble qui préside à une seule et même entreprise.

Ainsi donc, notons bien ceci : il est reconnu et avoué qu'une mine peut être louée en totalité. Ses produits sont des fruits qui peuvent faire l'objet d'un bail; ils procurent une jouissance de nature à être transmise, tandis que la propriété reste au bailleur. Vainement dira-t-on que le minerai, une fois extrait, ne se reproduit pas comme les fruits d'une terre. Non! car la mine, consistant dans des réunions de gîtes plus ou moins riches, ne s'épuise pas du premier coup par les extractions de substances minérales. Bien différente des choses fongibles que le premier usage fait disparaître, elle survit aux extractions de chaque année; elle continue à rester une source de produits et un objet de jouissance, jusqu'à ce que les gîtes n'aient plus rien à rendre. Mais tant que les substances métallurgiques sont recélées dans son sein, elle constitue une propriété supérieure aux fruits qu'on lui arrache, une propriété productive et susceptible de location.

(1) *Suprà*, n° 83.

(2) M. Duranton, t. 17, n° 23, d'après Pothier, n° 18. M. Duvergier, n° 69.

(3) Pothier, n° 15. J'ai exposé dans mon Comm. de la *Prescription*, n°s 144 et suiv., art. 2226, ce qui regarde le domaine public.

(4) Art. 7 de la loi du 11 frimaire an VII.

(5) Pothier, n° 14.

(6) N°s 82, 83 et 84.

(7) Il a été jugé que ce louage, comme la vente des livres, est un acte de librairie (Cassat., 30 décembre 1826, D. 27, 1, 363).

(8) M. Proudhon, t. 1, n° 121; art. 587 et 589, C. c.

(9) S., 38, 1, 91. D., 38, 1, 5.

Eh bien ! maintenant quelle différence y a-t-il entre le bail d'une mine entière, et le bail d'une de ses parties divisées? Est-ce que les raisons de décider ne seront pas les mêmes dans un cas et dans l'autre? Est-ce que nous ne retrouvons pas ici des gîtes qui donnent lieu à des extractions successives et réitérées? Est-ce que ces gîtes ne forment pas une propriété qui demeure entre les mains du bailleur, tandis que le preneur n'a droit qu'aux seules extractions qu'il pourra faire pendant la durée de sa concession? Ces vérités tombent sous le sens, et n'ont pas besoin de plus amples démonstrations.

Au surplus, je n'entends pas dire que, sous le point de vue administratif, la division de la concession par amodiations partielles n'engendre pas des inconvénients à peu près pareils à ceux que produisent des ventes ou des partages. Mais ce n'est pas là ce que j'examine (1). Je me place en présence d'un point de droit, et je dis qu'en thèse, le bail même partiel d'un mine est autre chose que la vente de cette mine ou d'une de ses parties, et qu'on aurait tort de confondre deux choses aussi distinctes ; je maintiens donc la légalité de l'arrêt de la chambre des requêtes, auquel j'ai concouru ; et si, le 18 décembre 1839, nous avons prononcé un arrêt d'admission dans l'affaire du comte de Castellane, qui nous offrait la même question à juger, ce n'a pas été pour nous déjuger ou pour céder aux scrupules qu'on voulait nous donner sur notre précédente décision ; c'est par suite d'un tout autre moyen qui nous a semblé mériter l'épreuve de la chambre civile.

Concluons donc qu'on peut louer une mine, une carrière, etc. (2). Concluons que le bail peut comprendre une partie seulement de la mine. C'est, du reste, ce qui a lieu tous les jours sans controverse pour les carrières et les ardoisières.

94. Dans l'ancienne jurisprudence, on ne pouvait louer un droit de chasse séparément du fonds. Les seigneurs et possesseurs de fiefs qui seuls avaient ce droit étaient censés n'en avoir été investis que pour leur plaisir et non pour tirer profit de cet exercice réputé noble, *ad oblectamentum, et non ad quæstum* (3).

Il en est autrement aujourd'hui ; le droit de chasse est une dépendance de la propriété ; il peut être loué, abstraction faite du fonds, comme tout autre démembrement de ce droit (4). Aussi lisons-nous dans un décret du 25 prairial an XIII : « Les maires des communes « sont autorisés à affermer le droit de chasser dans les « biens communaux, à charge de faire approuver la « mise en ferme par le préfet et l'autorité supé« rieure (5). »

Mais lorsqu'un domaine rural est donné à bail, le preneur a-t-il le droit de chasse comme accessoire nécessaire de la chose, ou bien ce droit reste-t-il au propriétaire? Nous examinerons cette question en traitant de l'art. 1719.

95. En voilà assez sur les choses qui sont ou non susceptibles d'être louées. Passons à quelques principes sur les circonstances dans lesquelles doit se trouver la chose donnée à bail pour que le contrat soit valable.

D'abord, il faut que la chose existe au moment du contrat (6). Par exemple, j'ai fait marché avec vous que vous me donneriez à bail pour six mois une maison de campagne que vous possédez à Passy. Mais au moment où nous contractons, les flammes l'avaient déjà dévorée. Le contrat n'a aucune existence, faute d'une chose qui en ait été l'objet (7).

Si cependant vous saviez que votre maison de campagne était périe, vous serez tenu de mes dommages et intérêts, à cause du dol que vous avez commis à mon égard (8).

Si la perte subie par la chose n'était que partielle, on suivrait les distinctions établies dans notre Commentaire de la *Vente*, pour savoir si le contrat de louage devra être maintenu ou résolu, ou modifié quant au prix (9).

96. Pour que le contrat de louage subsiste, il n'est pas nécessaire que la chose soit déterminée. C'est ce qui a lieu, par exemple, lorsque j'envoie chercher une voiture chez un loueur de fiacres, sans déterminer celle que je veux avoir. Le loueur remplit son obligation s'il m'en conduit une qui soit d'une bonté commune et ordinaire (10).

97. L'on ne peut prendre à loyer sa propre chose, à moins que l'usufruit, séparé de la nue propriété, ne soit entre les mains d'une autre personne. Tant que la propriété est pleine et entière, elle résiste à l'idée que le propriétaire puisse en être le locataire ; *rei suæ conductio nulla est*, dit Ulpien (11). En effet, le droit de propriété entraîne celui de jouir pleinement de la chose. Le bail n'ajouterait donc rien du tout à ce droit éminent et déjà complet.

Il suit de là que si je vous ai loué ma maison pour 9 ans, à 1,200 fr. par an, et que vous veniez à me la sous-louer (nous supposons que les parties ont employé cette expression) pour les 3 dernières années, moyennant 1,500 fr. par chaque année, cette seconde convention ne sera pas un contrat de bail ou de sous-location, bien que qualifiée telle par les parties. Ce sera tout simplement une résiliation de votre bail que j'aurai obtenue par un sacrifice annuel de 300 fr. : et comme vous ne serez pas mon bailleur, d'après la règle *rei suæ conductio nulla est*, vous n'aurez pas pour votre créance le privilége accordé par l'art. 2102 C. c. au locateur de maisons (12). Cette créance sera une créance ordinaire.

98. Il était de principe dans l'ancienne jurisprudence que le bail de la chose d'autrui était valable (13). Et de même que la vente de la chose d'autrui n'était pas réprouvée par les lois, de même le louage de la chose d'autrui engendrait entre le bailleur et le preneur de mutuelles obligations (14) ; sauf au véritable propriétaire à faire valoir ses droits pour faire effacer un bail fait sans son consentement et qui lui enlevait

(1) Sous ce rapport, on pourrait prendre la question au point de vue de la nouvelle loi du 27 avril 1838 sur les mines.

(2) V. *infr.*, n° 131, l'exemple d'un bail de carrière, et consultez aussi un arrêt de la cour royale de Grenoble, du 5 mars 1829 (Sirey, 35, 2, 320).

(3) Pothier, n° 16. M. Merlin, Répert., v° *Bail*, § 1, n° 4.

(4) L. du 22 avril 1790. Arrêt de Rouen, du 9 novembre 1826 (D., 30, 2, 177).

(5) Répert. de M. Merlin, v° *Communaux*, § 5. M. Duranton, *du Louage*, n° 24. M. Dalloz, *Louage*, p. 908. — in-8°, p. 2, n° 2. Par arrêté du 8 août 1818, le roi Guillaume renouvela pour 3 ans la location des chasses tant sur des terres communales que sur des propriétés particulières situées dans les provinces d'outre-Meuse. (*Édit. belge.*)

(6) Arg. de l'art. 1601, C. c., et mon Comm. de la *Vente*, nos 6, 202, 252.

(7) Pothier, n° 7.

(8) Mon Comm. de la *Vente*, n° 235.

(9) N° 252.

(10) Pothier, n° 8.

(11) L. 45, *De Locati. Junge* L. 20, C. *De locato conducto.*

(12) Pothier, n° 21. M. Duranton, du *Louage*, n° 30.

(13) Paul, l. 7, D. *Loc. cond.* Pothier, n° 20. Voët, ad. Pand. *Loc. cond.*, n° 3. Domat, *Louage*, sect. 1, n° 6.

(14) Cujas, sur la loi 7 précitée, *lib.* 34. Pauli. *Ad edict.*

la liberté de sa chose. MM. Merlin (1) et Dalloz (2) pensent qu'il en est de même aujourd'hui ; je partage également cet avis, et j'irai même plus loin qu'ils ne sont allés sur cette question. Car je soutiens que le bail, n'étant qu'un simple acte d'administration, doit se soutenir contre le véritable propriétaire dans tous les cas où le preneur a été de bonne foi, et a vu et dû voir dans celui avec qui il a contracté un propriétaire apparent.

C'est pourquoi nous avons jugé à la chambre des requêtes, le 19 novembre 1838, au rapport de M. Bayeux, et sur les conclusions conformes de M. Hébert, avocat général, que le bail reçu de bonne foi, des mains d'un propriétaire apparent, peut être opposé au véritable propriétaire, et même que les jugements obtenus par le fermier, contre le bailleur, lient le propriétaire réel, qui est censé y avoir été représenté par celui qui, aux yeux des tiers de bonne foi, avait le gouvernement et l'administration de la chose. Cet arrêt est tout entier fondé sur ce que le bail est un acte d'administration, qu'on ne saurait assimiler sans erreur à un acte d'aliénation du fonds. L'on sait, en effet, que si un propriétaire apparent n'a pas le droit de vendre la chose qui ne lui appartient réellement pas (3), toutefois l'équité et la bonne foi des tiers qui ont contracté avec lui, ont toujours fait maintenir les simples actes d'administration (4), alors même que le propriétaire putatif n'aurait été qu'un possesseur de mauvaise foi (Arg. de l'art. 2009 C. C.) (5). C'est cette bonne foi des tiers qui fait valider les baux, et qui les sauve d'une nullité trop rigoureuse. Sans cela, les relations sociales se trouveraient entravées, et l'on ne pourrait pactiser sur les choses les moins compromettantes, sur les besoins les plus simples et les plus ordinaires de la vie civile (6).

Ainsi, je n'admets pas, quoi qu'en dise M. Duvergier (7), que le propriétaire, en rentrant dans la propriété et possession de son immeuble, puisse opposer un obstacle insurmontable à la délivrance effective de la chose au fermier à qui le bail avait été passé de bonne foi par le propriétaire apparent. L'arrêt dont je viens de parler renverse toute la théorie et toutes les distinctions de M. Duvergier à ce sujet.

Vainement on argumenterait de certaines dispositions du Code civil qui supposent que le preneur peut être évincé par le véritable propriétaire (8). Mais ces dispositions ne doivent s'entendre que du cas où le preneur aurait loué d'un individu sans titre apparent. Je sais bien qu'il y a plus d'un texte des lois romaines dont on pourrait se prévaloir pour établir que la présence du véritable propriétaire suffit pour faire tomber le bail passé de bonne foi. Mais dans la jurisprudence romaine, comme dans notre ancienne jurisprudence, le droit du preneur avait, dans ses rapports avec le droit du propriétaire, une fragilité qui n'existe pas chez nous (9). Cette considération suffit à elle seule pour faire repousser de trompeuses analogies.

Remarquons d'ailleurs que celui qui veut louer une maison ne peut pas prendre les mêmes précautions que celui qui l'achète. On ne lui remet pas les titres de propriété !! il est obligé de se fier aux apparences !! et l'on voudrait le traiter avec une rigueur subtile ; on prétendait l'expulser à l'improviste, lorsqu'après tout, le véritable propriétaire, qui s'est tenu à l'écart, n'éprouve aucun préjudice sérieux, et qu'il ne s'agit pour lui que d'une question de patience et de temps (10) !!!

Non-seulement on maintiendra les baux ordinaires de 3, 6, 9, mais encore les baux d'une durée plus considérable, que le preneur aura acceptés de bonne foi, croyant traiter avec un homme qui avait la libre administration de sa chose. Peu importent les articles 1718, 1429, 1430, ils ne sont applicables qu'à certaines personnes qui gèrent publiquement et notoirement pour autrui. Tout le monde a su, en traitant avec eux, que leur pouvoir était restreint, et que dans l'intérêt de ceux à qui la propriété doit revenir un jour, le législateur a cru devoir limiter dans des bornes fixes et modérées la durée des baux. Mais ces motifs ne s'appliquent pas à des contrats passés avec un propriétaire putatif. En contractant avec lui, on a été convaincu qu'on traitait avec le véritable propriétaire, avec celui qui a toute la latitude pour étendre aussi loin que possible ses mesures d'administration.

D'ailleurs notre droit moderne ne voit pas avec défaveur les baux d'une durée excédant 3, 6, 9 ; on a vu, au contraire, ci-dessus que le législateur de 1835 a jugé utile d'encourager les baux de 18 ans comme plus favorables à l'agriculture et à l'industrie (11).

Dans l'espèce de l'arrêt de la chambre des requêtes du 19 novembre 1838, il s'agissait du bail d'une verrerie, passé pour 12 années. Cette circonstance n'a pas empêché la cour de considérer le bail comme un acte d'administration qu'il fallait maintenir : voici, au surplus, l'espèce de cette décision que les arrêtistes n'ont pas publiée. Je la puise dans le travail même du rapporteur, que j'ai sous les yeux.

Une verrerie, située à Decize, faisait partie des immeubles dépendant de la succession de Baudard de Saint-James, décédé trésorier de la marine. Mais Baudard n'était pas seul propriétaire de cette usine. Il l'avait achetée en société d'un sieur Deloche, qui avait droit aux deux cinquièmes.

Il est à remarquer que Deloche fut, durant sa vie, le gérant de la société formée entre lui et Baudard. Il mourut en laissant pour son héritière la dame Godard sa fille.

Baudard était aussi décédé, et du vivant même de Deloche il avait été remplacé et représenté par ses créanciers unis. *La direction de ces créanciers resta seule en possession de la verrerie* (12). Cet état de choses dura de 1789 à 1817, c'est-à-dire pendant 28 ans.

C'est à cette dernière époque que les agents de l'union des créanciers Baudard louèrent la verrerie en question pour 12 ans aux sieurs Gounon et Mozer.

On présume facilement que la verrerie était dans un très-mauvais état. Les syndics, qui ne voulaient pas faire les réparations, en chargèrent les fermiers. Ce fut une des conditions du bail. Mais bientôt des difficultés s'élevèrent ; des jugements obtenus contre les syndics et confirmés par la cour royale de Paris,

(1) M. Merlin, v° *Bail*, § 2, n° 7.
(2) *Louage*, p. 908, in-8° p. 2, n° 4.
(3) V. mon Comm. de la *Vente*, n° 960.
(4) Id., n° 960, *in fine*. L. 38, § 1, D. *De solut.*
(5) M. Merlin, Q. de droit, v° *Héritier*, § 3, p. 400, col. 2, in-8° p. 8.
(6) *Infr.*, n°s 545 et 546.
(7) T. 1, n°s 82 et 531.
(8) V. les art. 1726 et 1727.
(9) Témoin la loi 3 au C. *De loc. et cond.*, qui permettait au propriétaire de rompre le bail pour occuper lui-même sa maison.
(10) *Junge* M. Delvincourt.
(11) N° 78.
(12) Ces mots empruntés aux qualités du jugement et de l'arrêt attaqués, sont soulignés dans le rapport.

autorisèrent les fermiers à faire opérer, au compte de l'union, les réparations nécessaires, et à se payer jusqu'à due concurrence de leurs avances, montant à 16,000 fr., sur les fermages qu'ils pouvaient devoir.

C'est dans cet état que la dame Godard, qui, jusqu'alors s'était tenue à l'écart, se fit reconnaître comme propriétaire d'une portion de l'usine. Elle voulut remettre en question tout ce qui a été fait, tout ce qui a été jugé.

On lui répondait par cet argument qui résume toute la défense des baillistes, et qui pose nettement la question dont nous nous occupons : Nous sommes des fermiers de bonne foi, qui avons loué une usine de celui qui en était le propriétaire apparent. Ce système fut accueilli par la cour royale de Paris, dont la décision fut attaquée devant la chambre des requêtes par la dame Godard.

Voici maintenant le texte de l'arrêt qui rejette sa prétention ;

« Attendu que les syndics de l'union Baudard re-« présentaient celui-ci :

« Attendu que Baudard de Saint-James était gé-« rant de la société intervenue entre lui et Delo-« che, père de la dame Godard, demanderesse en « cassation, pour l'exploitation de la verrerie de « Decize (1) ;

« Attendu que les baux faits de cette verrerie, par « les syndics de l'union, aux sieurs Gounon et Mozer, « ont *constitué de simples actes d'administration* (2) ;

« Attendu que les arrêts intervenus sur l'exécution « de ces baux, entre les fermiers et le *propriétaire* « *apparent* (3), ne pouvaient être attaqués par son « coassocié (4), parce qu'il avait été représenté par « son copropriétaire, unique gérant ;

« Que dès lors, l'arrêt attaqué n'a pu violer l'arti-« cle 474 du Code de procédure civile en déclarant « non recevable la tierce opposition de la dame Go-« dard à l'arrêt de 1823, intervenu entre les syndics « de l'union et Gounon et Mozer ;

« Rejette le pourvoi. »

Cet arrêt est très-positif et très-explicite. Il me paraît devoir obtenir une grande autorité.

99. Mais si le propriétaire prouvait que le preneur n'avait pas été de bonne foi, parce qu'il connaissait la véritable situation de celui avec qui il a traité et qu'il savait que la chose ne lui appartenait pas, son refus d'exécuter le bail devrait être accueilli ; car alors les actes d'administration ne sont pas plus favorables que les actes de disposition. Tous sont écartés sans distinction par cette règle supérieure, savoir : que nul ne peut conférer plus de droits qu'il n'en a lui-même.

100. Les réflexions que je viens de présenter sur le louage de la chose d'autrui m'ont mis sur la voie de parler des baux de la chose indivise, ou d'une chose soumise à une condition résolutoire.

Sur le premier point, il est une règle générale, c'est que l'un des copropriétaires ne peut consentir bail de la chose commune sans l'assentiment de l'autre (5). Il ne peut dépendre d'un des communistes d'engager son partenaire sans son consentement. Ce serait d'ailleurs ouvrir la porte aux plus criants abus du droit de propriété. L'une des parties pourrait, moyennant des baux d'un prix fort minime, mais compensés par des pots-de-vin secrets, grever l'avenir de la chose indivise et la rendre presque improductive entre les mains de son consort, devenu plus tard propriétaire exclusif par suite d'une licitation. Concluons donc que la partie qui n'aurait pas été consultée serait fondée à demander la nullité du bail, sauf au preneur son recours contre le bailleur. Concluons que la licitation ou le partage de l'immeuble commun ferait évanouir ce bail irrégulier, qui ne pourrait être opposé au nouveau propriétaire (6).

Toutefois ayons soin, dans l'application, de ne pas pousser cette règle à des conséquences trop absolues. Quelquefois il y a urgence à renouveler les baux, afin de ne pas laisser les biens improductifs ; et un copropriétaire peut, en pareille circonstance, se trouver contraint de se porter le *negotiorum gestor* de son communiste absent et éloigné, et de souscrire, tant en son nom qu'au nom de ce dernier, un bail qui est dans l'intérêt commun. Je crois qu'il y aurait alors injustice et rigueur outrée à annuler la convention sur la réclamation capricieuse de la partie qui n'aurait pas figuré en personne au contrat. Au reste, c'est au juge à peser les circonstances du procès, il cherchera à concilier les principes avec les ménagements commandés par la bonne foi et l'équité.

Quant aux baux de la chose soumise à une condition résolutoire, leur maintien est incontestable. L'art. 1673 le déclare expressément en ce qui concerne l'immeuble frappé de réméré (7), et cet article n'est que l'application à un cas particulier d'un principe général (8). Avant l'accomplissement de la condition, le détenteur est propriétaire ; il a donc pu faire tous les actes d'administration qui rentraient dans l'exercice légitime de son droit ; la résolution qui vient plus tard le dépouiller ne saurait atteindre ces actes lorsqu'ils ont été faits de bonne foi (9).

M. Duvergier a examiné avec détail (10) la question de savoir si l'on doit appliquer aux baux faits *pendente conditione* la disposition des articles 595, 1429 et 1718 du Code civil. D'après ce que j'ai dit au n° 98, on pressent que je me prononce, comme lui, pour la négative. Je n'adopte cependant pas toutes ses raisons. Il me suffira d'en donner une qui me paraît plus décisive : c'est qu'un bail à long temps n'excède les bornes d'une administration sage qu'autant qu'il émane de celui qui administre notoirement pour autrui. Mais le propriétaire ne sort pas du cercle de la simple administration de ses biens quand il les afferme pour 10, 20 ans. C'est même ce qu'un intérêt

(1) Deloche avait été gérant jusqu'à ce qu'il mourût ; mais, à son décès, l'union Baudard, représentant Baudard, prit sa place. Voilà ce que l'arrêt a voulu dire.

(2) Ces mots sont soulignés dans l'original de l'arrêt.

(3) Idem.

(4) Mais la société entre Baudard et Deloche n'avait-elle pas été dissoute par la mort des parties ? Au reste, ce vice de rédaction ne change rien à la pensée de l'arrêt, qui est très-ferme sur le point de droit.

(5) Merlin, Quest. de droit, v° *Location*. M. Duverg., t. 1, n° 87. M. Zachariæ, t. 3, p. 4.

(6) Le bail d'une maison appartenant par indivis à plusieurs propriétaires ne peut être invoqué comme titre pour se maintenir dans la jouissance de l'objet loué, s'il n'a pas été consenti par tous. 6 août 1835, c. de Liége ; J. de B., 1836, 2, 177.

(7) V. mon Comm. de la *Vente*, n°s 776, 777 et *Infr.*, n° 545.

(8) V. id., n° 651. M. Toullier, t. 6, n° 576. M. Duvergier, t. 1, n° 83. *Infr.*, n°s 545, 546.

(9) Cassation, 11 avril 1821 (S., 21, 1, 254) ; 16 janvier 1827 (S., 27, 1, 324). Paris, 25 janvier et 19 mai 1835 (S., 35, 2, 100, 256). *Infr.*, n°s 545 et 546.

(10) T. 1, n° 86.

bien entendu conseille souvent de faire à un père de famille diligent. Ainsi, dans notre espèce, les baux excédant 9 ans ne sont pas, de plein droit, réductibles à ce laps de temps. Seulement, la longueur des baux pourrait être prise en considération, si à cette circonstance il s'en joignait d'autres qui fussent de nature à faire soupçonner la bonne foi du bailleur et celle du preneur (1).

101. Après s'être occupé de la chose louée, le Code civil se jette tout d'un coup dans l'exposé des règles communes aux baux de maisons et des biens ruraux, pour passer de là aux spécialités des baux à loyer et des baux à ferme. Mais n'y avait-il aucun principe général autre que celui de l'art. 1713 à poser pour toutes les catégories de baux en général? Nous verrons au n° 102 la réponse à cette question.

SECTION PREMIÈRE.

DES RÈGLES COMMUNES AUX BAUX DES MAISONS ET DES BIENS RURAUX.

ARTICLE 1714.

On peut louer ou par écrit ou verbalement.

ARTICLE 1715.

Si le bail fait sans écrit n'a reçu encore aucune exécution, et que l'une des parties le nie, la preuve ne peut être reçue par témoins, quelque modique qu'en soit le prix et quoiqu'on allègue qu'il y a eu des arrhes données.

Le serment peut seulement être déféré à celui qui nie le bail.

ARTICLE 1716.

Lorsqu'il y aura contestation sur le prix du bail verbal dont l'exécution a commencé, et qu'il n'existera pas de quittance, le propriétaire en sera cru sur son serment, si mieux n'aime le locataire demander l'estimation par experts, auquel cas les frais d'expertise restent à sa charge, si l'estimation excède le prix qu'il a déclaré.

SOMMAIRE.

102. Observations critiques sur le classement des articles qu'on va lire.
103. Malgré la rubrique, l'art. 1714 s'applique à tous les baux et pas seulement aux baux de maisons et de biens ruraux. — Des baux verbaux. — Des baux sous seing privé. — Des baux authentiques.
104. Baux judiciaires ou par autorité de justice.
105. Des baux par lettres missives.
106. De la convention de faire dépendre la preuve du bail de l'écriture.
107. Nécessité pour les personnes qui louent à des débitants de boissons de louer par acte authentique. Dangers qu'elles courent en ne prenant pas cette précaution.
108. Quand le bail est sans écrit, et que l'une des parties le dénie, on ne peut en faire preuve, quand même la somme serait inférieure à 150 fr.
109. *Quid* si ce bail verbal est avoué et qu'il n'y ait contestation que sur le prix ?
110. Ces dispositions, tirées des art. 1715 et 1716, sont-elles applicables au louage des meubles.
111. Examen de plusieurs difficultés. Peut-on prouver par interrogatoire sur faits et sur articles un bail verbal? Réfutation de l'opinion affirmative de M. Duranton, de M. Duvergier et de M. Carré, etc.
112. Pourra-t-on admettre la preuve testimoniale du bail verbal non exécuté et excédant 150 fr., s'il y a commencement de preuve par écrit? *Quid* si le prix est inférieur à 150 fr. ?
113. Quand il est articulé que le bail verbal a été exécuté, peut-on administrer la preuve orale? Arrêts qui ont décidé la négative avec raison, dans le cas où le prix excédait 150 fr.
114. Tempérament à cette décision et moyen accordé au propriétaire pour se faire indemniser des jouissances dont le preneur aurait profité à son détriment.
115. Mais le bail verbal *exécuté*, peut-il être prouvé par témoins lorsque ce prix est inférieur à 150 fr.? Raisons pour admettre la preuve.
116. Si le loyer annuel était inférieur à 150 fr., mais que tous les loyers réunis s'élevassent au-dessus de cette somme, la preuve ne serait pas admissible.
117. Lorsque le bail est avoué, si les parties ne sont pas d'accord sur les conditions, la preuve peut-elle être faite par témoins ?
Premier cas. Contestation sur la quotité du prix. Le propriétaire en est cru sur son affirmation, à moins que le locataire ne demande une expertise. La preuve testimoniale est toujours exclue, quand même le prix serait inférieur à 150 fr.
118. *Deuxième cas.* Contestation sur la durée de l'engagement dans un bail *au dessus* de 150 fr., et sur d'autres conditions du bail. Examen de la jurisprudence et de la doctrine. Rejet de la preuve testimoniale.
119. Exception à cette règle.
120. *Troisième cas.* Contestation sur les conditions accessoires quand le bail est inférieur à 150 fr.
Dans tout ce qui est réglé par l'usage des lieux ou la présomption de la loi, on exclut la preuve testimoniale.
Mais quand l'usage et la présomption sont muets, il faut admettre la preuve.
121. Des promesses de bail faites par écrit.
122. Des promesses verbales.
123. Des promesses avec arrhes.
124. De l'influence des arrhes, non plus *sur une promesse* de louage, mais bien sur *une convention* de louage.
125. Du cas où la convention a reçu un commencement d'exécution. Impute-t-on les arrhes sur le prix?

(1) V. mon Comm. de la *Vente*, n°s 776, 777.

COMMENTAIRE.

102. La section dans laquelle nous entrons ne s'occupe que des règles communes au louage de deux espèces de choses, c'est-à-dire aux baux des maisons et aux baux des héritages ruraux. Par hasard on y trouve un article (l'art. 1747) qui s'occupe de certains autres objets, tels que mines, manufactures, chantiers, et autres établissements commerciaux qui ne peuvent être rangés ni parmi les maisons (1) ni parmi les biens ruraux (2). Il faudra arriver à la section suivante pour trouver les règles spéciales des baux à loyer et des baux à ferme. Mais on ne trouvera nulle part un ensemble de règles gouvernant par une rubrique précise tous les baux de choses immobilières ou mobilières.

Cette distribution n'avait pas été suivie, lors de la rédaction primitive du projet du Code civil; la section première, placée, comme la nôtre, immédiatement après l'art. 1713, était consacrée *à la forme* et *à la durée des baux* (3). Elle se composait des art. 1714, 1715, 1716, 1717, 1763, 1764, 1718, 1736, 1737, 1758, 1774, 1737, 1775, 1738, 1776, 1739, 1759 et 1740.

Ainsi, dans la pensée des rédacteurs du Code civil, les trois art. 1714, 1715 et 1716 que nous allons commenter, et qui sont aujourd'hui placés sous la rubrique *des règles communes aux baux des maisons et des biens ruraux*, s'appliquaient à toutes sortes de baux.

La section 2 ne portait pas non plus la rubrique qu'elle porte aujourd'hui. Elle traitait *des obligations du bailleur*. Deux autres sections traitaient *des obligations du preneur* (4) et *de la résolution du louage* (5). Enfin la section 5 était consacrée *aux règles particulières à la ferme des biens ruraux* (6).

Mais lorsque le conseil d'État, après avoir adopté la section 1re, fut parvenu à la section 2, relative aux *obligations du bailleur*, M. Regnaud de Saint-Jean d'Angély fit une observation générale sur le classement des articles; il pensa qu'ils n'étaient pas placés dans le'r ordre naturel. Il proposa de suivre le plan adopté par Pothier, et de réunir sous une même division les dispositions relatives au louage des maisons et des biens ruraux, et sous une autre, celles qui concernent le louage des animaux et des meubles (7).

M. Tronchet répondit qu'on avait réuni les règles communes à tous les louages, et rejeté dans une section particulière les règles propres au louage des biens ruraux. M. Regnaud insista en disant que les règles qui composent le chapitre 1er (8) reçoivent des développements bien différents, suivant l'espèce de louage auquel on les applique. Par exemple, ajouta-t-il, l'art. 26 (1720) (9) n'aura pas les mêmes résultats lorsqu'il s'agira d'une maison que le bailleur aura livrée sans portes ni fenêtres, que lorsqu'il s'agira d'un cheval qu'il aura donné sans être ferré.

Ces observations ne manquaient pas de justesse; elles furent renvoyées à la section (10), qui remania le chapitre entier et adopta les divisions et les rubriques que nous trouvons aujourd'hui dans le Code. Mais cette refonte porte le caractère de tout travail qui n'est pas conçu d'un seul jet, et que des amendements ont tourmenté. Au début de notre section, nous en trouvons la preuve.

En effet, l'art. 1714 dispose que « l'on peut louer ou par écrit ou verbalement. » Rien de mieux sans doute que de conserver cette règle de tous les temps. Mais est-ce donc qu'elle ne gouverne que les baux de maisons et de biens ruraux? Pourquoi donc l'avoir placée sous la rubrique des règles communes à ces deux catégories de baux? Pourquoi ne l'avoir pas répétée dans la section des règles relatives aux baux des meubles? Ou, ce qui eût été bien plus précis, pourquoi ne figure-t-elle pas dans une section consacrée à des dispositions générales pour le louage des choses?

Dans le projet primitif, ce défaut de classement n'existait pas. En voulant remédier à des inconvénients réels, les observations de M. Regnaud en ont fait naître d'autres qui ne sont pas moins graves. On en verra bientôt de nouvelles preuves (11).

103. Nous disons donc que le contrat de louage, soit qu'il s'applique à des maisons ou à des héritages ruraux, soit qu'il s'applique à des meubles, est un contrat purement consensuel, et qu'il peut se former par écrit ou même verbalement. Les actes qui en sont dressés sous signature privée ou devant notaire, ne sont rédigés que pour servir de preuve au contrat, ou pour acquérir des droits d'hypothèque et d'exécution (12).

104. Le bail peut même se contracter judiciairement.

Les baux judiciaires étaient même jadis fort en usage pour les biens saisis réellement, pour les biens de l'État, des corps et des communautés, et pour les biens des mineurs (13). Ils ne différaient des baux ordinaires qu'en ce que la justice intervenait pour les adjuger au plus offrant et dernier enchérisseur, et pour corroborer, par son autorité, le consentement des parties contractantes.

Ces baux ne sont plus aujourd'hui dans le droit commun. Les baux des établissements publics et des biens nationaux sont soumis à des formes particulières que nous avons examinées ci-dessus (14). Ceux des mineurs rentrent dans le pouvoir légal de leurs tuteurs et ne sont pas astreints à des formalités exceptionnelles et dispendieuses. Enfin le saisi conserve la possession du bien saisi jusqu'à la vente, et peut, par conséquent, l'administrer et l'affermer. S'il administre mal, les créanciers ont le droit d'établir un gérant séquestre dont l'établissement coûte certainement beaucoup moins qu'un fermier judiciaire (15).

En général, nous ne faisons plus intervenir l'autorité de justice dans les baux, que lorsque plusieurs copropriétaires d'un même immeuble, ne pouvant pas s'accorder sur le choix d'un fermier ou sur

(1) Comb. les art. 1711, 1745, 1747.
(2) *Infr.*, n° 515.
(3) Fenet, t. 14, p. 218. Locré, t. 7, p. 154.
(4) C'était la section 3 (id., p. 222). Locré, ib., p. 155.
(5) C'était la section 4 (id., p. 224). Locré, ib., p. 156.
(6) Fenet, t. 14, p. 226. Locré, ib., p. 157.
(7) Fenet, ib., p. 246. Locré, ib., p. 164, n° 24.
(8) Aujourd'hui le chap. 2.
(9) Il faisait partie de la sect. 2, intitulée *Des obligations du bailleur*. Fenet, t. 14, p. 221. Locré, t. 7, p. 155.
(10) Fenet, ib., p. 246. Locré, ib., p. 177.
(11) *Infr.*, nos 110, 118, 160, 176.—461, 465, 537, etc.
(12) M. Galli, orateur du gouvernem. (Fenet, t. 14, p. 312). Locré, t. 7, p. 192, n° 3. M. Jaubert, orat. du tribunat (Fenet, ib. p. 351). Locré, ib., p. 211, n° 4. Pothier, *Louage*, n° 46.
(13) Pothier, *Louage*, n° 376.
(14) Art. 1712.
(15) Carré, Proc. civ. sur l'art. 688.

les conditions de la location, il y a lieu de recourir au bail par licitation, afin de trouver dans une adjudication au plus offrant ce que l'accord des propriétaires n'a pu procurer (1).

105. Mais revenons aux baux non judiciaires.

Et d'abord on appliquera ce que nous avons dit, dans notre Commentaire de la *Vente*, sur le consentement donné par lettres missives (2).

106. S'il avait été dans l'intention des parties de ne se considérer comme engagées qu'autant qu'il aurait été passé acte devant notaires de leur consentement, cette condition devrait être respectée, et elle empêcherait le bail d'être parfait avant son accomplissement (3). Jusque-là, chaque partie pourrait se dédire, et il n'y aurait que de simples pourparlers.

107. Les personnes qui louent leurs maisons à des débitants de boissons devront, du reste, prendre la précaution de faire dresser acte authentique du bail (4); sans quoi, toutes locations alléguées par elles seraient présumées de droit simulées et frauduleuses, et les

---

(1) Pigeau, t. 2, p. 735-736; in-8°, t. 3, p. 232. M. Duvergier, t. 1, nos 232 et 237.

(2) Nos 22 et suivants. Je profiterai de cette occasion toute naturelle pour dissiper les doutes que M. Duvergier a cherché à faire planer sur ce que j'ai dit du moment précis où le contrat résultant de lettres missives, est parfait (Vente, n° 29). M. Duvergier soutient qu'il y a engagement réciproque, lorsque celui à qui la lettre a été écrite a répondu qu'il acceptait la proposition, bien que son acceptation ne soit pas encore connue de l'autre partie. M. Duvergier avoue cependant que cette réponse, tant qu'elle n'est pas parvenue, n'est, comme je l'ai dit (n° 25), qu'un *propositum in mente retentum*, précaire et révocable, si elle a été remise par son auteur à un commissionnaire chargé de la porter par son ordre à sa destination. Comme l'intermédiaire qui transmet la lettre reste subordonné à la volonté de celui qui l'a expédiée, M. Duvergier se trouve forcé de reconnaître que l'auteur de la réponse demeure maître de se rétracter, et que, par une conséquence inévitable, l'auteur de la proposition a le même droit. Voilà donc déjà la moitié de ma cause gagnée, de l'aveu de mon contradicteur. Mais il prétend qu'il en est autrement quand l'auteur de la réponse met sa lettre à la poste, dépôt public, d'où il n'est plus possible de la retirer. Il veut alors que celui qui a écrit la lettre soit engagé, et qu'il ne puisse se rétracter par une deuxième lettre qui arrivera plus promptement que la première. Il veut par conséquent que l'auteur de la proposition à qui on a répondu *j'accepte*, sans qu'il connaisse cette adhésion, soit irrévocablement lié par ces mots qu'il n'a pas entendus!!!

J'avoue que ma raison ne peut se plier à cette idée, et je ne conçois pas quelle puissance obligatoire peut avoir dans un contrat commutatif et à titre onéreux, une volonté invisible et inconnue.

Avant tout, je ferai remarquer que la question n'est pas de savoir si, pour des motifs de sûreté dans les communications, je ne peux retirer ma lettre de la poste, mais, si je ne peux en révoquer le contenu par une seconde dépêche qui arrivera plus promptement que la première. Or, je le demande, comment peut-on hésiter sur la solution de cette question? Est-ce qu'une lettre ne fait pas l'office de la parole? est-ce que la parole a une puissance effective de communication, lorsqu'elle n'est pas entendue? est-ce qu'il y a quelque chose d'obligatoire dans des mots qui ne retentissent pas à l'oreille de celui à qui l'on parle?

M. Duvergier a peut-être senti la force de l'objection. Mais, pour la tourner, il nous répond que l'acceptation d'une promesse n'a pas besoin, en général, d'être connue de la personne à laquelle elle s'adresse; et il appuie cette proposition de l'autorité de Wolf et de l'art. 1121 du Code civil.

Je ferai observer d'abord que, cela fût-il vrai, on ne pourrait en rien conclure contre la faculté de révocation que j'accorde à celui qui a écrit la lettre. M. Duvergier parle en effet d'acceptation, et moi je soutiens qu'il n'y a pas d'acceptation, si la première lettre a été révoquée par une seconde qui est arrivée plus tôt ou en même temps. En quoi son objection vide-t-elle le différend?

Mais il y a plus! c'est que la proposition de M. Duvergier est entièrement inexacte. D'abord, le passage de Wolf qu'il rapporte, ne donne pas de solution précise sur la question de savoir si l'acceptation d'une promesse doit être ou non connue du promettant, pour produire effet. Cet auteur se borne à dire que l'acceptation seule suffira lorsque l'auteur de la proposition aura voulu qu'elle suffise, et *qu'il faudra que l'acceptation soit connue de l'auteur lorsqu'il aura voulu qu'elle le fût*. Mais dans quel cas la connaissance de l'acceptation est-elle censée exigée formellement? C'est ce que Wolf ne résout pas dans le passage cité, et M. Duvergier a cru pouvoir suppléer à son silence en disant que, de droit, la connaissance n'est pas nécessaire, *lorsque l'intention de l'exiger n'est pas manifestée par les circonstances*. Mais M. Duvergier me permettra de lui opposer le texte de Grotius, qui peut-être pourra le faire changer d'avis.

« Illud quæri solet an satis sit acceptationem fieri, *an verò etiam* « *innotescere debeat promissori*, *antequam promissio plenum* « *effectum consequatur;* et certum est utroque modo *fieri posse* « *promissionem;* aut hoc modo : *Volo ut valeat si acceptetur :* « Aut hoc modo : *Volo ut valeat si acceptatum intellexero. Et* « *in his quidem* QUÆ AD MUTUAM PERTINENT OBLIGATIONEM, POSTERIOR « SENSUS PRÆSUMITUR. In promissis verò merè liberalibus, potius « est ut prior sensus credatur adfuisse, nisi aliud appareat » (lib. 2, c. XI, n° 15).

Ainsi, suivant Grotius, la connaissance de l'acceptation est nécessaire dans les contrats onéreux! Nous voilà bien loin de la thèse de M. Duvergier. Il est vrai que cet auteur argumente de l'art. 1121 du Code civil; mais s'il veut bien le combiner avec la doctrine de Grotius, il verra que cet article ne se contente de la simple déclaration de l'acceptant, que par application du second membre de la distinction du profond jurisconsulte.

Maintenant qu'il est bien constant qu'il ne saurait y avoir de contrat commutatif et à titre onéreux sans que le consentement réciproque soit connu des deux parties (voyez au reste, à cet égard, M. Toullier, t. 6, n° 29), M. Duvergier pourra peut-être trouver moins *singulière* la comparaison que nous avons faite entre la lettre qui porte le consentement et celle que porte la réponse.

(3) Mon Comm. de la *Vente*, n° 19. Je suis encore forcé de contredire ici une critique que M. Duvergier adresse à ce que j'ai dit du caractère suspensif de la condition stipulée par les parties de rédiger leurs conventions par écrit. Cet auteur croit (n° 167) que j'ai voulu dire que la vente est conditionnelle, en ce sens que si l'acte vient à être rédigé, la vente sera censée parfaite du jour même de la convention verbale, et que toutes les ventes consenties, toutes les hypothèques concédées dans l'intervalle seront annulées. Mais c'est me faire dire précisément tout le contraire de ce que j'ai écrit. Voici, en effet, mon langage : « Le consentement « n'est *censé* DÉCLARÉ qu'autant qu'un acte en contient l'expression. « *Tant que le contrat n'est pas rédigé, la vente n'existe pas;* « *chacun peut changer d'avis et se dédire!!!* Il suit de là que M. Duvergier n'a fait que professer une opinion conforme à la mienne lorsqu'il prouve que la condition de rédiger l'acte par écrit est potestative, et qu'elle empêche la vente d'avoir une existence légale avant la rédaction. Il est vrai que j'ai dit que cette condition est *suspensive*, pour mieux faire ressortir la différence qu'il y a entre ce cas et celui où l'écriture n'est requise que pour donner au contrat plus d'authenticité, et il semble que ce soit cette qualification de *condition suspensive* qui ait fait prendre le change à M. Duvergier. Mais est-ce qu'une condition potestative ne peut pas être suspensive? Est-ce qu'elle n'est pas même toujours suspensive de la validité de l'acte? D'ailleurs n'est-ce pas le mot dont se sert Hubérus, cité par moi : Quatenùs *partes* SUUM CONSENSUM A SCRIPTURA SUSPENDISSENT? Lors donc que j'ai toujours parlé de la suspension du consentement même et de la réalisation de la vente (n° 63), comment M. Duvergier a-t-il pu me prêter les idées qu'il se donne la peine de réfuter?

(4) Art. 61, loi française du 28 avril 1816.

boissons trouvées dans les lieux prétendus loués seraient censées leur appartenir, sans que cette présomption pût être détruite par des preuves contraires (1).

108. Lorsqu'il n'a pas été dressé de bail par écrit et que l'une des parties dénie la convention, il est certain qu'il ne peut en être fait preuve par témoins si la somme excède 150 fr. (art. 1341 du Code civil) (2).

Mais que doit-on décider si la somme est inférieure à 150 fr. ?

D'après les principes du droit commun, la preuve testimoniale devrait être admise (art. 1341). Mais, en ce qui concerne les baux de maisons et de biens ruraux, l'art. 1715 déroge à cet état de choses; si le bail n'a pas encore reçu d'exécution, il s'oppose à la réception de la preuve testimoniale, quelque modique que soit le prix du bail et quoiqu'on allègue qu'il y a eu des arrhes données. Tout ce qu'on peut faire, c'est de déférer le serment à celui qui nie le bail.

Ces dispositions ont été introduites dans le Code civil pour éviter des contestations dispendieuses sur des objets de peu de valeur (3) et dans une matière où tout est urgent (4). « Cette *innovation*, disait M. Jaubert (5), nous a paru extrêmement sage (6); sur« tout elle sera utile pour cette classe nombreuse « qui ne peut louer que des objets d'une valeur mo« dique; un procès est leur ruine; il faut tarir la « source de ces procès, en proscrivant dans cette « matière la preuve testimoniale, et le serment peut « seulement être déféré à celui qui nie le bail (7). »

109. Voilà pour le cas où le bail n'a pas reçu d'exécution. S'il est avoué, on peut contester sur le prix, dont aucun acte écrit ne prouve la quotité. L'art. 1716 veut alors que, s'il n'existe pas de quittance, le propriétaire en soit cru sur son serment, à moins que le locataire ne demande l'estimation par experts. Dans ce cas, les frais d'expertise restent à sa charge, si l'estimation excède ce qu'il a déclaré; sinon, c'est le propriétaire qui les paye, puisque c'est lui qui succombe.

110. Les deux articles dont nous venons de retracer la pensée ont donné lieu à d'assez sérieuses difficultés sur lesquelles on n'est pas encore d'accord. Car tel est le besoin de controverse qui tourmente les intérêts d'argent, qu'on les voit faire sortir les procès des dispositions même imaginées pour les prévenir. Nous examinerons tout à l'heure ces questions. Mais, avant tout, il faut s'arrêter un instant ici, pour savoir si les articles 1715 et 1716 sont applicables au louage des choses mobilières.

Supposons, par exemple, qu'un marchand de meubles loue à Pierre des tapisseries et des fauteuils pour 120 fr. Ce bail est purement verbal et Pierre en nie l'existence. Le marchand pourra-t-il être admis à faire la preuve testimoniale ?

Autre hypothèse. Le bail est exécuté, et Pierre est en possession des tapis et des fauteuils. Mais il s'élève des difficultés sur le prix du contrat fait verbalement: le marchand en sera-t-il cru sur son affirmation ? Pierre pourra-t-il offrir la preuve testimoniale de la quotité du prix ?

Ces questions ne se seraient jamais élevées, si les observations critiques de M. Regnaud, conseiller d'État, n'eussent fait changer la rubrique sous laquelle étaient classés originairement, dans le projet du Code civil, les art. 1715 et 1716. Il est certain que, dans la pensée primitive de ses rédacteurs, les sages mesures autorisées par ces articles étaient destinées à gouverner tous les baux quelconques de choses meubles et immeubles (8). Le bon sens dit d'ailleurs que si elles ont une véritable utilité dans les petits baux à loyer ou à ferme, elles ne sont pas moins nécessaires pour les locations d'objets de modique valeur. Les raisons données par les orateurs du gouvernement et du tribunat trouvent ici leur application *à fortiori*.

Cependant faisons attention que si, dans l'origine, le texte des art. 1715 et 1716 devait forcément s'appliquer à tous les louages de choses, la rédaction définitive du projet a subi des modifications qui restreignent ces articles aux baux des maisons et des biens ruraux. La lettre de la loi, resserrée par la rubrique de la section 1re, ne permet donc pas d'en étendre la portée aux baux de choses mobilières. Car les articles 1715 et 1716 sont des exceptions au droit commun; exceptions pleines de sagesse sans doute, et que la raison voudrait voir investies de plus d'étendue. Mais de simples analogies ne peuvent suffire pour déroger aux règles générales.

On objectera contre cette solution, que j'ai prouvé moi-même au n° 105, que l'art. 1714 est la loi de tous les baux quelconques, et que, si cet article n'est pas limité par la rubrique de la section 1re, il n'y a pas plus de raison pour limiter les art. 1715 et 1716 qui marchent à sa suite, et tiennent comme lui à la forme des baux.

Mais je réponds que l'art. 1714 est l'expression d'un principe de droit commun, d'un principe qui existerait quand même il ne serait pas formulé en loi. Au contraire, les art. 1715 et 1716 ne sont qu'une dérogation aux règles générales. La rubrique de la section 1re ne peut donc rien sur l'article 1714, tandis qu'elle est toute-puissante sur les art. 1715 et 1716.

Je conclus donc, quoique avec répugnance, que les articles dont il s'agit restent étrangers aux locations de meubles (9). Ce n'est pas que ma raison ne soit choquée de ce résultat absurde. Mais le texte parle clair, et je ne me crois pas le droit de le modifier pour le plier à mes idées.

111. Abordons maintenant les difficultés dont nous parlions au commencement du n° 110.

Lorsque le bail verbal est dénié, et qu'il n'a reçu aucun commencement d'exécution, peut-on en prouver l'existence, sinon par la preuve testimoniale que

(1) Cassat., 15 juin 1826 (D., 26, 1, 284. Palais. Sirey).

(2) En cas de saisie-brandon par un créancier du propriétaire du champ, celui qui a cultivé ce champ, et qui revendique les fruits saisis, ne peut prouver par témoins l'existence du bail, si le prix cumulé excède 150 francs. Il ne peut non plus faire cette preuve par le serment du propriétaire du fonds. (29 nov. 1825, c. de Liége; J. de B., 1826, 2, 315.)

Si après l'expiration d'un bail le fermier ou locataire continue de jouir, il ne peut être admis à prouver par témoins que cette continuation est l'effet d'un renouvellement de bail, autre que celui d'une réconduction tacite. (20 nov. 1810; c. de Brux.; Déc. not. t. 22, p. 169.)

(3) M. Galli (Fenet, t. 14, p. 312). Locré, t. 7, p. 192, n° 4.

(4) M. Mouricault, tribun (Fenet, p. 322). Locré, ib., p. 198, n° 7.

(5) Exposé du vœu du tribunat au corps législatif (Fenet, ib., p. 351). Locré, ib., p. 211, n° 4.

(6) Jaubert appelle cela une *innovation*. M. Toullier dit que les rédacteurs du Code n'ont fait que suivre l'usage pratiqué à Paris (t. 9, n° 32).

(7) *Junge* M. Duvergier, t. 1, n° 252.

(8) *Supr.*, n° 102.

(9) *Junge* M. Duranton, du *Louage*, nos 51 et 52. M. Delvincourt, t. 3, p. 187, note 2. Mais ils n'ont pas examiné les raisons de dou-

défend l'art. 1715, mais du moins par un interrogatoire sur faits et articles ?

M. Duranton se prononce pour l'affirmative, sans se laisser arrêter par les termes prohibitifs dont s'est servi le législateur, qui permet *seulement* de déférer le serment à celui qui nie le bail (1).

Nous ne pouvons adopter cette opinion, aussi contraire au texte de la loi qu'à son esprit. Le texte, en effet, en disant : « le serment peut *seulement* être « déféré à celui qui nie le bail », procède par voie limitative; il circonscrit dans le serment seul la possibilité de la preuve ; quant à l'esprit de la loi, il n'est pas moins évident que sa parole; on n'a voulu resserrer la preuve dans une présomption unique, que pour diminuer les causes de procès, et ce serait aller contre ce but que d'ouvrir d'autres voies à la demande.

Vainement M. Duranton place-t-il son opinion sous l'influence de l'art. 324 du Code de procédure civile, qui autorise les parties à se faire interroger sur faits et articles *en toutes matières*. Mais cette disposition du Code de procédure civile doit être expliquée par les dispositions du Code civil qui font une exception expresse.

C'est ainsi que l'on s'accorde à dire que l'art. 2275, qui permet de déférer le serment à ceux qui opposent certaines prescriptions abrégées, n'autorise pas à faire interroger sur faits et articles (2), et cependant l'art. 2275 se sert d'expressions bien moins restrictives que l'art. 1715. C'est, du reste, en ce sens que l'art. 1715 a été interprété par arrêt de la cour de Rennes du 6 août 1812 (3), et je m'étonne que la précision de ce texte n'ait pas prévenu d'inconcevables divergences sur un point si nettement décidé par le législateur.

112. Mais la preuve testimoniale d'un bail excédant 150 fr., pourra-t-elle être admise s'il y a un commencement de preuve par écrit ?

Oui, dit M. Delvincourt (4), dont l'opinion est suivie par M. Duvergier (5). Non, répond M. Duranton (6).

Ce second avis est le meilleur.

Lorsque le bail est *verbal*, comme dit l'art. 1716, lorsqu'il est *fait sans écrit*, comme dit l'art. 1715, et qu'il n'a pas reçu d'exécution, la preuve testimoniale est inadmissible; or, un bail à l'appui duquel on n'invoque qu'un commencement de preuve écrite, et non pas une preuve complète, est un bail verbal; le serment seul ou l'aveu spontané peuvent en prouver l'existence. L'art. 1715 est absolu ; on tomberait dans tous les inconvénients qu'il a voulu éviter, si l'on adoptait l'opinion de M. Delvincourt.

Une dernière observation achèvera cette réfutation de l'opinion de ce savant professeur.

Lorsque l'art. 1346 a admis la preuve testimoniale dans le cas où il y a un commencement de preuve par écrit, il a assimilé les matières qui dépassent 150 fr. à celles qui sont inférieures à ce taux. Mais puisque l'art. 1715 venant modifier l'art. 1341, a défendu, dans le cas du bail verbal, de faire la preuve testimoniale d'une location inférieure à 150 fr., il s'ensuit donc que la prohibition s'étend aussi au cas où des sommes plus fortes seraient exigées pour cause d'un bail dont il n'y aurait qu'un commencement de preuve par écrit. Sans quoi la parité dont je parlais tout à l'heure disparaîtrait, et demander un loyer de 2,000 fr. avec un simple commencement de preuve par écrit, sauf à le compléter par la preuve orale, serait bien plus favorable que demander un loyer de 150 fr. avec offre de faire la preuve par témoins !! On serait repoussé dans ce dernier cas par une fin de non-recevoir, et l'on triompherait dans le premier ! ! Que d'indulgence dans l'hypothèse la plus grave ! Que de sévérité dans celle qui l'est le moins ! ! Ce n'est pas ainsi que la logique du législateur a procédé dans les art. 1341 et 1347 ! !

Disons donc que le commencement de preuve par écrit est inutile pour faire admettre la preuve d'un bail verbal supérieur à 150 fr., et que l'art. 1347 reçoit le même échec que l'art. 1341, par l'effet des dispositions exceptionnelles de l'art. 1715.

Et comme l'art. 1715 est général, j'ajoute que le commencement de preuve par écrit est indifférent, quand même le bail serait inférieur à 150 fr. En effet, si l'art. 1347 reste ici sans application, lui qui cependant a été fait tout exprès et exclusivement pour les matières qui excèdent 150 fr. ; combien à plus forte raison devient-il impossible d'en argumenter pour les causes inférieures à 150 fr., lesquelles sont de droit étrangères à son influence habituelle ?

113. Nous venons de parler du cas où le bail verbal n'est ni avoué ni exécuté. Mais s'il y a eu exécution, il semble, par un argument *à contrario* fourni par le texte de l'art. 1715, qu'on peut en administrer la preuve orale.

Et c'est en effet ce qu'on a souvent prétendu devant les tribunaux, où l'on a vu des individus vouloir obtenir la sanction de baux verbaux bien supérieurs à 150 fr., en articulant des faits d'exécution, dans le but de faire admettre, à la faveur de cette circonstance, une preuve testimoniale à laquelle les principes généraux se fussent opposés dans tout autre cas.

Hâtons-nous de dire cependant que la jurisprudence a aperçu l'écueil et qu'elle a empêché l'article 1715 de venir s'y briser (7).

Dans une espèce jugée par la cour de Bordeaux, un sieur Bourtoire soutenait que la dame Olivier lui avait loué des greniers moyennant 600 fr. par an ; celle-ci déniait l'existence du bail, et Bourtoire demandait à en faire preuve par témoins, en se fondant sur ce que la dame Olivier avait reçu ses foins sur ses greniers, et qu'ainsi il y avait eu exécution. La dame Olivier convenait bien du fait de cette réception ; mais elle ajoutait qu'elle ne s'y était prêtée que par bienveillance et nullement par suite d'un engagement obligatoire.

Ainsi le bail était dénié aussi bien que l'exécution. C'est dans ces circonstances que la cour de Bordeaux, par arrêt du 29 novembre 1826, rendu sous la présidence du savant M. Ravez (8), déclara non receva-

ter que je viens d'exposer. M. Curasson. *Compét. des juges de paix*, p. 282, n° 19.

(1) *Junge* M. Duvergier, t. 1, n° 257. M. Carré, *Proc.*, sur l'article 324, n° 1826. M. Berryat, p. 322. Arg. d'un arrêt de Brux. du 4 février 1813 (Dall., v° *Interrogatoire*, p. 572; in-8° p. 162.)

(2) Mon Comm. de la *Prescription*, t. 2, n° 995.

(3) Dalloz, v° *Interrogatoire*, p. 574, note 4, in-8° p. 166.

(4) T. 3. p. 187, note 2.

(5) T. 1, n° 267.

(6) Du *Louage*, n° 54. *Junge* M. Curasson, *Compét. des juges de paix*, p. 278 et 279.

(7) L'art. 1715 du Code civil, en défendant d'admettre la preuve testimoniale, quelque modique que soit le prix, reçoit son application même quand le bail a reçu un commencement d'exécution. (9 déc. 1826, c. de Brux.; J. de B., 1827, 1, 83. 10 sept. 1827, c. de Brux., Jur. de Belg., 1828, 2, 142; 28 mars 1837, c. de cass. de Belg., 1837, 2, 437.)

(8) D. 28, 2, 135.

ble la preuve offerte par Bourtoire. Voici le point de vue où s'est placée la cour royale : aux termes de l'art. 1341 du Code civil, la preuve testimoniale de la convention n'est pas recevable. Elle ne peut donc pas l'être d'après l'art. 1715, *quand même on soutiendrait que le bail a reçu un commencement d'exécution*. Car l'art. 1715, qui s'arme d'une sévérité exceptionnelle pour les sommes même au-dessous de 150 fr., n'a pu avoir pour but d'ouvrir à la preuve testimoniale un accès plus facile que de coutume, lorsqu'il s'agit de sommes supérieures à 150 fr.

Autre arrêt de la même cour, rendu dans le même sens! Cornuaud réclamait 800 fr. pour loyer d'une maison, offrant de prouver le bail, qui, disait-il, *avait reçu son exécution pendant plusieurs années*.

Mais, par décision du 19 janvier 1827, il y fut déclaré non recevable,

« Attendu que les héritiers Cornuaud ne justifient « pas que la demoiselle Cornuaud aînée ait possédé à « titre de ferme et de location les objets qu'ils dési- « gnent ; que lorsqu'on se borne à la simple allégation « qu'un bail a été fait sans écrit, la preuve n'en peut « être reçue par témoins; qu'ainsi, aux termes de « l'art. 1715 du Code civil, cette preuve offerte par « les héritiers Cornuaud est inadmissible (1). »

Je trouve une décision semblable dans un jugement du tribunal de Montpellier, rédigé avec force et netteté.

Rouveirolles, locataire par bail verbal d'un magasin appartenant à Bresson, demandait à prouver par témoins qu'il était convenu de pratiquer dans le plancher de ce magasin une ouverture, afin de placer dans le grenier situé au-dessus une poulie destinée à mettre en action une machine.

Bresson répondait : Rouveirolles m'avait proposé de lui louer, outre le magasin, le grenier en question; c'est pour cela que je ne m'opposai pas d'abord à ce que le plancher fût percé; mais cette proposition n'a pas eu de suite, et nous sommes restés dans les termes d'un simple projet.

Rouveirolles demanda alors à prouver l'existence du bail du grenier. Mais il fut repoussé dans toutes ses prétentions, par jugement du tribunal de Montpellier, du 1er septembre 1830,

« Attendu que la preuve offerte par l'appelant n'était « pas admissible, puisqu'il s'agissait d'un bail dont le « prix excédait la somme de 150 fr.; qu'il ne résulte « pas en effet de l'art. 1715, que la preuve testimo- « niale soit admissible en fait de baux verbaux, quels « que soient l'objet et le prix du bail, *de cela seul* « *qu'il aurait reçu un commencement d'exécution*; « qu'au contraire, *cet article restreint, au lieu de l'é-* « *tendre*, l'admissibilité de la preuve testimoniale, et « défend de prouver l'existence d'un bail verbal dont « l'objet et le prix seraient inférieurs à 150 fr., s'il n'a « reçu un commencement d'exécution (2). »

Enfin, un arrêt de la cour de Bruxelles, du 20 novembre 1810 (3), un arrêt de la cour de Paris, du 6 avril 1825 (4), et un arrêt de la cour royale de Limoges, du 30 juillet 1836 (5), viennent à l'appui de cette jurisprudence. Dans l'espèce du second, on articulait qu'il y avait eu exécution, et cependant la preuve fut déclarée non recevable; dans l'espèce du premier, un locataire avait occupé les lieux pendant un an, à la suite d'un premier bail expiré; il prétendait que cette occupation n'était que l'exécution d'un nouveau bail de 3 années, et il offrait d'en faire la preuve testimoniale. Mais cette offre, quoique admise en première instance, sur le fondement d'une exécution convenue entre les parties, fut repoussée en appel, et le locataire fut contraint de vider les lieux.

Cette jurisprudence, qui vient de recevoir la sanction d'un arrêt de la cour de cassation, du 14 janvier 1840 (6), me paraît très-raisonnable. En effet, le bail étant dénié, à quoi tendrait la preuve de son exécution alléguée par l'une des parties, sinon à établir, au moyen d'une enquête, qu'il y a eu réellement un bail convenu, et que les faits d'exécution n'en sont que la conséquence? Mais alors n'irait-on pas heurter de front l'article 1341 qui exige qu'il soit passé acte de toutes choses excédant 150 fr., et qui interdit la preuve testimoniale sur toute demande dépassant ce taux? Comment supposer que l'art. 1715, qui n'a été imaginé que pour limiter le droit commun sur la preuve testimoniale des conventions, lui aurait donné dans notre espèce une extension contraire à toutes les règles ordinaires?

114. Cependant il faut tempérer ceci par une observation. Sans doute, on ne peut prouver dans aucun cas l'exécution du bail; mais le propriétaire ne pourrait-il pas offrir de prouver que sa maison, son champ ont été occupés pendant 2, 3, 10 ans par celui qui dénie le bail? Ne pourrait-il pas dire à ce dernier : « Ne parlons plus de bail, puisque vous ne voulez pas « être mon locataire et que je ne puis prouver par té- « moins l'existence d'un bail verbal qui excède 150 fr.; « mais alors je vous signale comme un usurpateur de « ma propriété, et je veux établir que vous en avez « joui pendant tel temps. Payez-moi en conséquence « les fruits perçus où la valeur des jouissances; payez- « les-moi non plus comme fermier ou locataire, mais « en vertu de l'art. 549 du Code civil. »

Il est évident qu'un tel système devrait être accueilli.

Écoutons Boiceau : « Néanmoins si, par négligence « ou par trop de confiance et de facilité, le proprié- « taire a loué sa maison et n'a pas fait de bail par « écrit, en ce cas *il ne faut pas qu'il agisse contre* « *le locataire* qui occupe sa maison et qui dénie de « l'avoir louée, *comme s'il y avait eu un bail verbal*; « mais il doit plutôt intenter contre lui l'action qui « s'appelle *in factum*, par laquelle il conclura à ce « qu'il soit tenu, *en qualité de détenteur et d'injuste* « *usurpateur*, de lui rendre les fruits par lui perçus de « l'héritage en question ou les loyers de la maison, « suivant l'estimation qui en sera faite; car, *en fai-* « *sant cette demande, ce ne sera pas prouver un bail* « *conventionnel*, ce qui ne serait pas permis, ce sera « uniquement prouver l'injuste détention du fermier « ou du locataire, en conséquence de laquelle ce fer- « mier ou ce locataire sont tenus, *en vertu d'un quasi-* « *contrat ou d'un quasi-délit*, parce que personne ne « peut s'approprier les fruits d'une chose qui ne lui « appartient pas; c'est pourquoi s'ils dénient cette « détention du fonds, ou d'avoir habité cette maison, « tout cela pourra être prouvé par témoins, nonob- « stant l'ordonnance de Moulins, *parce qu'il ne s'agit* « *pas de prouver une convention mais un fait* (7). »

(1) D. 28, 2, 134. Palais, 1837, t. 3, p. 290.

(2) D. 32, 1, 44. Le pourvoi fut rejeté par la section des requêtes, parce qu'il lui sembla que le tribunal avait décidé en fait qu'il n'y avait pas eu exécution du bail du grenier.

(3) Dall., *Louage*, pag. 910, in-5° pag. 7. Voyez ci-dessus n° 108 aux notes.

(4) D. 25, 2, 168. Palais, 1826, t. 1, p. 474.

(5) Sirey, 37, 2, 427.

(6) Ibid., 40, 1, 6.

(7) *De la preuve*, ch. 14, n° 2.

Cette opinion est aussi celle de Danty (1), de Legrand (2), de Charondas (3), de Jousse (4) et de M. Toullier (5). On voit, du reste, qu'elle ne fait que montrer dans un jour plus éclatant l'impossibilité d'admettre la preuve testimoniale du bail exécuté qui excède 150 fr.; impossibilité unanimement reconnue dans l'ancienne jurisprudence, et qu'assurément le Code civil n'a pas voulu faire cesser par les dispositions des art. 1715 et 1716, bien plus rigoureuses que l'ordonnance de Moulins.

115. Tout cela paraîtra donc incontestable quand le prix du bail dépasse 150 fr. (6). Mais la question présente plus de difficulté lorsque le bail est au dessous de cette somme; peut-on prouver par témoins le fait d'exécution et arriver par là à la preuve de l'existence du bail verbal dénié par l'une des parties?

Pour la négative, on peut dire : La preuve que l'exécution de la convention n'ouvre pas un champ libre aux témoignages oraux, c'est que l'art. 1716, se plaçant dans l'hypothèse d'un bail avoué, exécuté, défend cependant de rechercher, par la voie d'une enquête, quel a pu être le prix verbalement stipulé. Combien, à plus forte raison, la preuve vocale doit-elle échouer lorsqu'il s'agit de constater, non pas seulement l'une des conditions du bail, mais le bail même dans son essence!

Mais à cet argument, qui ne manque pas de force, je réponds d'abord par la contexture de l'art. 1715. En effet, cet article est conçu de manière à indiquer qu'il enlève au bail verbal inférieur à 150 fr., le bénéfice de la preuve testimoniale introduit par le droit commun. que *s'il n'a pas encore reçu d'exécution*. L'art. 1715, qui est une exception, doit donc être renfermé dans le cas précis qu'il prévoit.

J'ajoute que si l'art. 1716 défend de faire la preuve testimoniale du prix d'un bail avoué, quand même ce prix serait inférieur à 150 fr., c'est parce qu'il y a d'autres bases plus satisfaisantes et plus simples que l'audition des témoins pour parvenir à la connaissance de ce prix. Il ne faut donc pas argumenter de la prohibition de l'art. 1716 à l'espèce qui nous occupe. Car les motifs qui ont déterminé cet art. 1716, n'ont pas pu frapper le législateur lorsqu'il est question de l'existence même du bail inférieur à 150 fr., et dont l'exécution est posée en fait.

C'est, du reste, en ce sens que ce point de droit a été préjugé par les arrêts de la cour de Bruxelles et de la cour de Paris, que je citais au numéro précédent, et sur lesquels nous reviendrons tout à l'heure (7).

116. Mais que devrait-on décider si, quoique le loyer annuel fût inférieur à 150 fr., tous les loyers cumulés s'élevaient au-dessus de cette somme? La preuve testimoniale serait-elle admissible? ou bien devrait-on la rejeter par les raisons exposées au no 115?

Les cours de Bruxelles et de Paris ont décidé que la preuve vocale n'était pas admissible (8), et je crois cette jurisprudence parfaitement conforme à l'esprit et à la lettre des art. 1341, 1342, 1343 du Code civil. Boiceau (9) rapporte que sous l'ordonnance de Moulins, qui n'admettait pas la preuve par témoins des choses excédant 100 livres, il fut jugé au présidial de Poitiers qu'un individu qui alléguait avoir pris une maison à loyer pour 3 ans, moyennant 50 liv. par année, ne pouvait faire la preuve testimoniale de cette convention. Boiceau fortifie cette décision par le texte du jurisconsulte Caius : *Si à colono stipulatus, fidejussorem acceperit*, UNA STIPULATIO EST PLURIUM PENSIONUM (10); l'opinion de cet auteur est appelée juridique par Danty, qui cite une foule d'auteurs graves à l'appui (11).

117. Nous voilà fixés maintenant sur la nature des preuves de l'existence d'un bail verbal. Mais il nous reste un pas à faire encore.

Supposons que le bail verbal soit avoué; mais les conditions peuvent en être douteuses. Il est possible que les parties ne soient pas d'accord sur le prix, et sur la durée de la location.

En ce qui concerne le prix, l'art. 1716 a pris soin de lever tous les doutes; le propriétaire en est cru sur son serment, si mieux n'aime le locataire demander l'estimation par experts.

Cette disposition est sage; elle pourvoit aux intérêts des parties sans avoir recours à la preuve testimoniale, qui offre tant de dangers; on remarquera au surplus qu'elle rejette cette preuve, alors même que le bail est inférieur à 150 fr.; quelque minime que soit la somme, il faut opter entre le serment ou une expertise.

118. Mais le législateur a gardé le silence sur la manière de prouver la durée de l'engagement, et les autres conditions accessoires. De là, la question de savoir si la preuve peut s'en faire par témoins.

Examinons d'abord le cas où il s'agit d'un bail au-dessus de 150 fr.

La cour de Nîmes a jugé, par un arrêt du 14 juillet 1810, que l'on pouvait faire preuve par témoins de l'époque à laquelle le bail avait commencé, et de l'époque à laquelle il devait finir (12), et cet arrêt est approuvé par M. Duranton (13).

Cette cour a décidé aussi, par arrêt du 22 mai 1819 (14), qu'un fermier devait être admis à justifier par témoins que le bail était à mi-fruits, et non pas à rente fixe. C'est la confirmation de son premier arrêt.

On a prétendu que cette cour avait passé à une opinion contraire, par arrêt du 6 juin 1823 (15); mais

(1) Add. au ch. 14, no 2.

(2) Sur Troyes, art. 164.

(3) Rép., ch. 52. Il cite un arrêt du 13 juillet 1573.

(4) Sur l'ord. de 1667, t. 20, art. 4.

(5) T. 9, no 32.

(6) Il y a cependant un arrêt contraire de la cour de Bruxelles, du 24 août 1807 (Dall., *Louage*, p. 910, note, in-8o p. 6, no 3). Cet arrêt, dont l'arrêtiste ne fait pas connaître l'espèce, juge que l'exécution d'un bail, quelle que soit la quotité, peut toujours se prouver par témoins. Mais on a vu ci-dessus que cette cour s'est déjugée par arrêt du 20 décembre 1810. M. Duranton (du *Louage*, no 56) paraît croire que la preuve de l'exécution est admissible, *quel que soit le prix*. Mais il ne discute pas les arrêts et les raisons qui militent contre ce système, ni les tempéraments qui s'en rapprochent sur un point.

(7) M. Duranton conclut aussi à l'admissibilité de la preuve (no 56), et cela doit être, puisqu'il l'admet même dans le cas prévu au numéro précédent. *Junge* M. Duvergier, t. 1, no 259. V. cependant la note du no 113 ci-dessus.

(8) V. ces arrêts au no 113. L'arrêt de la cour de Paris est surtout *in terminis*.

(9) *De la Preuve*, ch. 14, no 304.

(10) L. *Si à colono*, D. *De fidejussoribus*.

(11) Additions au ch. 14, nos 4 et 5.

(12) Dall., *Louage*, p. 910, in-8o p. 7. Le fermier ou le locataire, assigné en expulsion par l'acquéreur, peut être reçu à prouver par témoins les termes et les conditions du bail verbal en vertu duquel il occupe le bien vendu; si l'existence et le prix de ce bail sont suffisamment constatés. (7 août 1821, c. de Bruxelles; Jurisp. de Belg., 1821, 2, 165, et 24 août 1807. Déc. not. t. 12, p. 322. Palais, t. 11, p. 690.)

(13) Du *Louage*, no 55.

(14) Dall., *loc. cit.*, p. 910 et 911, in-8o p. 8. Palais, t. 21, p. 859. Sirey, 20, 2, 33.

(15) V. la table du Journal du Palais, vo *Bail*.

cette assertion ne me paraît pas exacte. Dans l'espèce de la décision dont il s'agit, le fermier demandait une expertise pour faire déterminer le produit d'un pré qui lui avait été loué; et la cour rejeta le serment offert par ce propriétaire, ainsi que la preuve testimoniale. La question du procès était donc une question de prix; elle n'avait pas de rapport avec celle que nous discutons (1).

Mais aux deux arrêts de Nîmes on peut opposer un arrêt de la cour de Grenoble du 14 mai 1825 (2), qui condamne la prétention d'un locataire, lequel demandait à prouver par témoins que son bail devait durer 6 ans, sans clause de repentir à l'expiration de la 3ᵉ année.

Plus tard, une question analogue s'est élevée devant la même cour : c'était de savoir si le bailleur devait être admis à prouver, non plus par témoins, mais par son serment, quelle était l'échéance des payements. Le propriétaire se prévalait de l'art. 1716 du Code civil. Mais, par arrêt du 4 août 1832, la cour, « attendu que si, aux termes des art. 1715 et 1716 du « Code civil, le bailleur doit être cru sur son affirma- « tion relativement à *la quotité du prix*, il n'en est « pas de même de *l'échéance des payements, qui doit* « *être déterminée par l'usage des lieux* (3). »

Ainsi, toutes les fois qu'il s'agit de conditions autres que celle du prix, il paraît que la jurisprudence de cette cour est de rejeter également et la preuve testimoniale et la preuve ordonnée par l'art. 1716; elle veut qu'on recoure à l'usage des lieux. On voit combien cette manière de juger s'éloigne de celle de la cour de Nîmes et de l'opinion de M. Duranton.

Entre ces avis divergents, quel est celui qui doit prévaloir?

Je n'hésite pas à condamner les arrêts de la cour de Nîmes, parce que j'y vois une violation ouverte des principes consacrés par l'art. 1341 (4).

Que demande-t-on à prouver? Les époques de l'entrée et de la sortie, celle de l'échéance des payements, la qualité du prix, c'est-à-dire s'il consiste en argent ou en fruits. Mais ce sont là autant de choses dont il a été facile de se procurer une preuve écrite. Admettre une preuve vocale, c'est se placer au-dessus de toutes les règles. Notre système est surtout d'une évidence frappante pour ce qui concerne la durée du louage.

Le Code a d'autant moins voulu livrer aux chances d'une preuve testimoniale toujours difficile et coûteuse, ce point de la convention, qu'il a posé des présomptions sur la durée des baux faits verbalement (5). Ces présomptions, fondées presque toujours sur l'usage, sont la loi naturelle des parties. Elles ne peuvent être détruites par la preuve vocale de conventions dérogatoires.

Pour mieux comprendre cette vérité, il faut se rappeler ce que nous avons dit au n° 102, savoir : que, dans le projet primitif du Code civil, on avait englobé sous une même section toutes les règles relatives à la forme et à la durée des baux. Après avoir déterminé les moyens de prouver la quotité du prix d'un bail verbal avoué, en ayant soin d'écarter la preuve testimoniale, le projet établissait par des présomptions légales ce qui concernait la durée des baux faits sans écrit (6). Il est évident qu'en s'occupant de cette autre condition des locations verbales, il n'entendait pas que la preuve testimoniale pût être invoquée pour élever, contre les dispositions de la loi, de prétendues conventions non écrites. Car, après avoir rejeté la preuve testimoniale pour le prix, il n'aurait pas été conséquent de l'admettre pour la durée du bail, suffisamment précisée par les présomptions qu'on venait de prendre pour base.

Lors de la rédaction définitive, l'ordre des articles du Code fut changé. Mais qu'importe pour notre question! la pensée de la loi n'est-elle pas toujours restée la même?

Je maintiens donc que la durée du bail verbal doit se régler par les présomptions établies par la loi, quelles que soient les allégations des parties relativement à des conventions non écrites.

J'en dirai autant, avec la cour de Grenoble, de toutes les conditions qui pourront être déterminées par l'usage des lieux; point de preuve testimoniale. Les art. 1715 et 1716 témoignent contre elle d'une trop grande répugnance.

Dans tous les autres cas où la loi et les usages locaux seront muets, on appliquera la règle générale, *actore non probante, reus absolvitur*, et l'on se réglera par les circonstances.

Ainsi, par exemple, dans l'espèce jugée par l'arrêt de Poitiers du 22 mai 1819, la cour royale aurait dû régler la nature du prix du nouveau bail sur le pied de l'ancien, dont il n'était que la continuation; il fallait repousser, dans sa prétention, la partie qui prétendait qu'on avait substitué un partage des fruits à un prix fixe annuel.

119. Toutefois, s'il y avait quelques points qui tinssent plus du fait que de la convention, il ne faudrait pas s'armer d'un rigorisme trop outré pour empêcher les parties qui ont intérêt à s'en prévaloir d'en faire la preuve par témoins.

Par exemple, quoique l'usage des lieux règle presque partout les termes où commence le bail des maisons et où il finit, cependant il est possible que le locataire entre en jouissance avant le jour du terme; alors, comme le dit Pothier, le bail est fait tant pour le temps qui doit courir depuis qu'il est entré en jouissance jusqu'au terme, que pour le temps qui s'écoule depuis le jour *à quo* jusqu'au jour *ad quem* (7). Mais comment constater l'époque précise de l'entrée en jouissance? Comme c'est là un fait de possession (8), je pense que la preuve testimoniale pourra être invoquée par la partie à qui il importe de prouver que le terme a été devancé.

120. Examinons maintenant si les notions que nous venons de rappeler, depuis et y compris le n° 118, reçoivent quelques modifications quand le bail n'excède pas 150 fr.

Et d'abord en ce qui concerne la durée du bail, je pense qu'on doit s'en tenir à la présomption de la loi qui la détermine. La loi a fait elle-même, pour la durée, ce que l'art. 1716 a fait sortir du serment ou de l'expertise, pour le prix; et de même que la preuve orale ne peut être invoquée pour la fixation de la quotité du prix, de même elle doit échouer lorsqu'il

(1) Palais, 1824, t. 3, p. 553. Dalloz, v° *Louage*, p. 911, in-8° p. 8.

(2) Ou peut-être du 4 mai; car M. Dalloz lui donne ces deux dates (25, 2, 219; — 26, 2, 182).

(3) D 33, 2, 27.

(4) C'est aussi l'avis de M. Delvincourt, t. 3, p. 188, note 3, in-8° t. 7, p. 215, et de M. Toullier, t. 9, n° 33. Cet auteur critique même avec une juste sévérité l'arrêt de Nîmes, du 22 mai 1816. *Junge* M. Duvergier, t. 1, n° 258, et M. Curasson, p. 280, n° 18.

(5) Art. 1736, 1757, 1758, 1774.

(6) Art. 1415 et suiv. (Fenet, t. 14, p. 219. Locré, t. 7, p. 154).

(7) *Louage*, n° 30.

(8) *Supr.*, n° 114.

s'agit de prouver des conventions verbales de nature à modifier les présomptions de la loi relatives à la durée. Il a été dans la pensée du législateur d'enlever le plus possible à la preuve testimoniale.

J'en dis autant des époques du payement des termes, et de tout ce qui est réglé par l'usage des lieux.

Mais si on alléguait quelque condition sur laquelle l'usage des lieux et la présomption de la loi fussent muets, je ne vois rien qui fût de nature à s'opposer à l'admission de la preuve. L'art. 1341 reprendrait son empire. Ainsi, si dans l'espèce jugée par l'arrêt de Poitiers, du 22 mai 1819, il se fût agi d'un bail dont le prix n'eût pas excédé 150 fr., je n'aurais rien à dire contre la décision de la cour.

A plus forte raison n'y aurait-il pas d'empêchement à prouver par des dépositions de témoins ce qui consisterait en fait (1).

121. Après avoir parlé de la forme du bail, je ne dois pas passer sous silence les promesses de bail, qui sont une convention usuelle et très-légale (2). Ce genre de contrat se règle par les principes que j'ai exposés dans mon Commentaire de la *Vente* sur les promesses de vente (3). On distinguera les promesses de bail unilatérales. d'avec les promesses de bail synallagmatiques (4). Mais, malgré quelques différences qui les séparent, on devra les considérer comme entraînant toutes deux des effets obligatoires (5). Et l'on ne s'arrêtera pas à cette opinion de quelques auteurs qui croient qu'une promesse unilatérale acceptée n'est d'aucune valeur. Il est certain qu'elle oblige celui qui l'a souscrite, à passer contrat. Je crois avoir démontré cette vérité avec les autorités les plus convaincantes dans mon Commentaire de la *Vente* (6).

A plus forte raison, y aurait-il une vertu obligatoire dans une promesse de louage synallagmatique. Ce point a été contesté cependant devant la cour de Paris, dans l'espèce suivante, sur laquelle le nom des parties jette un intérêt particulier.

Le 28 floréal an VIII, Leprince, propriétaire d'une maison, promet de donner à titre de bail, pour l'espace de 9 ans, *et à partir du 1er messidor de la même année*, aux sieurs Maret et Rœderer, un local destiné à l'établissement du *Journal de Paris*. Il est ajouté que ce bail sera fait pour 3,000 fr. par an, et que Leprince aura son abonnement gratuit au journal.

Les sieurs Maret et Rœderer déclarent, par un fondé de pouvoir, accepter cette *promesse de bail aux clauses et conditions exprimées*.

Mais quelques jours après, ayant trouvé un local plus avantageux, les sieurs Maret et Rœderer annoncent à Leprince qu'ils ne se croient pas liés par une promesse de bail; que néanmoins, dans l'intention qu'il ne conservât d'eux aucun souvenir désagréable, *ils lui offraient un abonnement gratuit de* NEUF ANS *au Journal de Paris*. Leprince, à qui sa promesse assurait tout à la fois l'abonnement gratuit au journal et la location de sa maison, repousse les offres. On lui propose alors 750 fr. à titre de dommages et intérêts; il insiste, et par arrêt de la cour de Paris, du 7 nivôse an X, les offres de MM. Maret et Rœderer furent déclarées nulles et insuffisantes, et il fut ordonné que la promesse de bail serait exécutée suivant sa forme et teneur (7).

122. Les promesses de bail verbales doivent être assimilées aux locations faites sans écrit et non exécutées. On ne peut donc en autoriser la preuve par témoins (8).

123. Si la promesse de louage a été faite avec des arrhes, on se réglera par les dispositions de l'article 1590, dont nous avons donné le commentaire développé dans notre ouvrage sur la *Vente* (9).

124. Mais quelle serait l'influence des arrhes sur une convention de louage qu'on prétendrait être parfaite?

De deux choses l'une, ou la location dont on excipe est verbale, ou elle ne l'est pas.

Si elle est verbale et contestée, l'art. 1715 ne considère pas les arrhes comme un signe de la conclusion du marché; il suppose que s'il a été donné des arrhes, c'est précisément parce qu'il n'y avait rien de définitif, parce qu'il n'y avait qu'un simple projet. Aussi ne permet-il pas qu'on fasse la preuve de l'existence du bail verbal alors même qu'il y a des arrhes. Il me semble que cet article confirme pleinement ce que j'ai dit dans mon Commentaire de la *Vente*, sur les arrhes qui accompagnent la vente verbale dont les caractères sont incertains (10).

Si la location est avouée ou constatée par écrit, on s'aidera des distinctions que j'ai proposées dans mon Commentaire de la *Vente* (11).

La location est-elle soumise à une condition suspensive, potestative, ou mixte, les arrhes seront un dédit (12).

Le bail est-il soumis à une condition résolutoire, la stipulation d'arrhes équivaudra à un dédit (13).

Enfin, est-il pur et simple, M. Duranton croit que les arrhes doivent alors être considérées comme un à-compte sur le prix, et non comme une circonstance qui autorise à se dédire (14). C'est aussi le sentiment de M. Delvincourt (15), et l'on peut s'autoriser d'un arrêt de la cour de Colmar, du 15 janvier 1813 (16).

Toutefois, je préfère appliquer l'art. 1590, qui règle le sort des arrhes dans les promesses de vente, et qui ne voit en elles que la représentation des dommages et intérêts en cas de dédit.

A la vérité, j'ai enseigné le contraire pour les ventes pures et simples dans mon commentaire de l'art. 1590 (17). Mais c'est par des raisons particulières au contrat de vente et qui ne trouvent pas leur place dans le contrat de louage. J'invite le lecteur à y recourir; j'espère qu'il ne les trouvera pas sans force.

A côté de l'analogie que présente l'art. 1590, pla-

(1) *Arg.* du n° 114 et du n° 119.

(2) Pothier, *Louage*, n° 390. M. Duranton, du *Louage*, n° 48. M. Duvergier, t. 1, n° 145.

(3) Nos 114 et suiv.,

(4) Nos 115 et suiv.

(5) Id.

(6) *Loc. cit.*

(7) Dalloz, *Louage*, p. 921, in-18, p. 10. Palais, t. 2, p. 202. Promesse de bail vaut bail comme promesse de vente vaut vente. Elle le vaut à l'effet de faire présumer que les parties ont voulu s'en rapporter pour le nouveau bail à toutes les clauses du bail préexistant, autres que celles auxquelles il a été expressément dérogé par la promesse. (31 décembre 1807, c. de Bruxelles; Déc. not., t. 17, p. 289.)

(8) Brillon, v° *Bail*. M. Dalloz, *Louage*, p. 912, in-8° p. 4. n° 16.

(9) N° 135. *Junge* M. Duranton, du *Louage*, n° 48. M. Dalloz, *loc. cit.*, n° 17.

(10) N° 141.

(11) Nos 141, 142 et suiv.

(12) N° 142.

(13) N° 143.

(14) N° 49, du *Louage*.

(15) V. mon Comm. de la *Vente*, n° 140.

(16) Ibid., n° 140.

(17) Nos 144 et suiv.

çons ensuite la disposition de l'art. 1714 qui refuse de voir dans les arrhes ce que les jurisconsultes romains appelaient ***argumentum contractûs***. Et l'on se convaincra d'autant mieux, qu'il a été dans l'esprit de la loi, dans sa propension naturelle, de voir dans les arrhes la simple représentation de dommages et intérêts. Enfin, consultons l'usage, qui est le meilleur interprète des lois. Vous arrêtez votre place à une voiture publique et vous donnez 50 fr. d'arrhes. Quelle idée attache-t-on invariablement à ces arrhes, lors même que la convention est avouée? N'est-ce pas celle de pouvoir se dédire en perdant la somme donnée?

Vous louez un domestique et vous lui donnez des arrhes. Qu'est-ce que cette somme, sinon le signe d'un dédit possible? Enfin, dans tous les exemples qu'on pourrait citer, n'est-ce pas toujours l'opinion qu'on peut se dédire qui prévaut dans les convictions populaires (1)?

125. Il est, du reste, inutile de dire que lorsque le contrat a reçu un commencement d'exécution, il devient définitif, et que l'une des parties ne peut, sans le consentement exprès de l'autre, s'en dégager. Les arrhes alors s'imputent sur le prix, et c'est en vain que celui qui les a données offrirait de les perdre. Comme aussi celui qui les a reçues ne sera pas fondé à vouloir discéder de la convention en restituant le double.

---

(1) J'ai engagé le lecteur à recourir aux raisons que j'ai données dans mon Commentaire de la *Vente*, et qui expliquent les différences que je mets à l'égard des arrhes entre le contrat de vente et le contrat de louage. Mais peut-être n'ai-je pas donné à mon argumentation toute la clarté désirable, car je m'aperçois qu'elle n'a pas été bien saisie par M. Duvergier (tom. 1, n° 140, note 4). Il ne sera donc pas inutile de la retracer en deux mots.

Le Code civil ne parle pas des arrhes ajoutées à une vente parfaite. Pour en préciser les effets, il faut donc recourir à l'ancienne doctrine et à l'interprétation; mais la doctrine ne nous offre que des opinions divergentes. Les uns voulaient que les arrhes fussent la représentation des dommages-intérêts au cas de dédit; les autres voulaient au contraire qu'elles fussent un à-compte sur le prix. Au milieu de cette lutte, l'interprétation pouvait seule me donner une solution, et c'est à elle que je me suis adressé, en ayant soin de tenir compte du caractère nouveau que le Code civil a imprimé au contrat de vente. Dans l'ancien droit, la vente ne produisait que de simples obligations, et il fallait la tradition pour qu'elle transportât la propriété à l'acheteur. Rien d'étonnant alors que quelques anciens auteurs aient été amenés à considérer comme dédit les arrhes ajoutées à une vente non consommée par des faits quelconques d'exécution. Mais leurs idées peuvent-elles s'accommoder au Code civil, qui attribue à la vente une puissance bien plus énergique que l'ancien droit? Non! car la vente a aujourd'hui le pouvoir de transférer la propriété sans tradition; par la seule vertu du consentement, elle opère ce que la vente ancienne ne pouvait faire qu'avec le secours de la tradition. Il suit de là que, dans les principes actuels, une fois que la vente est parfaite, les choses cessent d'être entières; car la propriété a été sur-le-champ déplacée et elle a quitté le patrimoine du vendeur pour entrer dans le patrimoine de l'acheteur. Or, quand les choses ne sont plus entières, les arrhes ne sauraient être un moyen de se dédire. Tous les jurisconsultes sont invoqués à cet égard, et si quelques-uns de ceux qui ont écrit avant le Code civil ont attaché aux arrhes l'idée de dédit, c'est à la condition que la vente n'aurait pas été exécutée, et que l'acheteur n'aurait pas pris tradition. (Mon Commentaire de la *Vente*, n° 137.)

C'est sous l'influence de ces pensées que j'ai été amené à conclure que, sous le Code civil, les arrhes ne peuvent être considérées, dans le doute, comme moyen de se dédire, et qu'il faut les regarder comme à-compte sur le prix. J'ai terminé mon argumentation par une observation sur le sens du mot *dédire*. « On se dédit d'un engagement, ai-je dit, mais on ne se dédit pas d'un droit « de propriété. Se dédire d'un droit acquis et consommé, est une « idée qui implique contradiction » (n° 144).

Ces notions, dont M. Duvergier paraît n'avoir eu connaissance qu'après la composition de son travail, ne lui ont pas semblé assez fortes pour le déterminer à s'écarter des voies ouvertes par les anciens auteurs et dans lesquelles il s'est renfermé. Voici seulement ce qu'il répond à mon observation, *qu'on ne se dédit pas d'un droit acquis et consommé*. « Le droit de propriété, quelque « étendu, quelque respectable qu'il soit, *se transmet par la vo-* « *lonté des parties, et peut*, PAR L'EFFET DE CETTE VOLONTÉ, *re-* « *venir à celui qui* S'EN EST DÉPOUILLÉ. » Eh! vraiment oui, la volonté seule suffit pour faire descendre et remonter la propriété. Mais c'est précisément ce qui condamne le système de mon honorable contradicteur; car il ne pourrait y avoir dédit qu'autant que ces déplacements ne seraient pas effectués, et, tant qu'ils le seront, l'idée de dédit ne sera qu'un non-sens. Qu'est-ce, en effet, qu'un dédit? C'est la *rétractation d'une parole donnée*. On se dédit tant qu'il n'y a que des promesses ou des engagements personnels non exécutés. Mais quand est-il venu dans la pensée d'un jurisconsulte quelconque d'enseigner qu'on se *dédit* d'un droit acquis, d'un fait consommé? Tous les auteurs ne disent-ils pas, sans exception, qu'il n'y a lieu à dédit que lorsque les choses sont encore entières? M. Duvergier n'en convient-il pas lui-même? Pourquoi cela? Parce qu'on peut bien renoncer à un droit acquis et le transférer à autrui, mais non pas s'en dédire! parce qu'on se dédit d'une parole, d'un *dire*, mais non pas d'un fait! parce qu'il serait aussi contradictoire dans les termes de se *dédire d'un droit* que de *renoncer à une obligation*. On renonce à un avantage et nullement à une charge. On se dédit d'une obligation qui ne s'est pas réalisée par des faits et on ne se dédit pas d'un droit. *Se dédire d'un droit*, cette locution m'en rappelle une autre qui, quoique assez vulgaire, n'en est pas moins souverainement ridicule : JOUIR *d'une mauvaise réputation*.

Maintenant, puisque M. Duvergier a reconnu avec nous que la volonté a rendu la *vente parfaite*, que l'acheteur est *devenu propriétaire*, malgré les arrhes, que le vendeur *s'est dépouillé* (je copie textuellement), comment a-t-il pu croire que les choses sont encore entières et qu'il y a facilité de se dédire? Il cite Corvinus, qui a dit : *At contractu, per consensum, ab omnibus partibus absoluto, pœnitere* NON EST INTEGRUM. Je n'en demande pas davantage; car je vois là la condamnation de mon estimable adversaire, à qui je pourrais dire avec Perse : *Quàm temere in nosmet legem sancimus iniquam.* » En effet, la vente produisant ce résultat immense de saisir l'acheteur de plein droit de la propriété, et réalisant par conséquent ces grands effets d'exécution auxquels Corvinus fait allusion, quelle apparence qu'on puisse aujourd'hui attribuer aux arrhes qui l'accompagnent, le sens qui leur était donné jadis, à l'époque où le consentement ne produisait que de simples obligations!!! Je suppose qu'on eût demandé à Corvinus : « Voilà une vente parfaite; le contrat a été exécuté, « et l'acheteur est investi de la propriété par la tradition. Ce der- « nier peut-il s'en dédire en perdant les arrhes? » Je n'ai pas besoin de dire quelle eût été la réponse du jurisconsulte. Eh bien! ce que la tradition faisait jadis, le consentement le fait aujourd'hui par sa propre énergie. Sous le Code civil, il n'est pas possible qu'il y ait vente parfaite, sans qu'un effet actuel soit engendré virtuellement par le contrat. Or, si les effets qui jadis s'opposaient au dédit et qui ne s'obtenaient que par la tradition, sont acquis maintenant de plein droit par le consentement, n'opposeront-ils pas un égal obstacle à la faculté de se dédire? Car qu'importe la cause, si les effets sont les mêmes! N'est-il pas vrai de dire que, puisque la *propriété est transmise*, et qu'il faut *la faire revenir au vendeur*, les choses ne sont plus entières? NON EST INTEGRUM, comme disait Corvinus.

M. Duvergier me reproche d'avoir combattu Pothier et d'avoir cependant adopté son opinion. Est-ce qu'il voudrait par là me placer en contradiction avec moi-même? Mais je le prie de considérer que, quand je me suis séparé de Pothier, c'est lorsqu'il s'agissait de savoir quel était le véritable sens de la législation de Justinien. Mais je n'ai pas discuté le sentiment de Pothier sous le

Article 1717.

Le preneur a le droit de sous-louer, et même de céder son bail à un autre, si cette faculté ne lui a pas été interdite.

Elle peut être interdite pour le tout ou partie.

Cette clause est toujours de rigueur.

SOMMAIRE.

126. Le droit à un bail est cessible de sa nature; seulement le preneur ne peut le céder à quelqu'un qui userait de la chose d'une manière dommageable.
127. Il ne le peut, quand même le propriétaire l'aurait autorisé à sous-louer à *qui bon lui semble*.
128. La sous-location ne rompt pas les engagements du preneur et du bailleur, à moins d'une évidente novation; elle ajoute de plus un sous-débiteur au débiteur principal.
129. Il y a une différence entre sous-louer et céder son bail.
130. Quoique la faculté de sous-louer soit de droit, elle a été refusée au colon partiaire (Art. 1763.)
131. Arrêt de la cour de Paris, qui la refuse au bailliste d'une carrière.
132. Interdiction de sous-louer stipulée dans le contrat. Ancien droit. Droit nouveau. Inconvénients de la rigueur du Code. Abus que des propriétaires de mauvaise foi font de la clause prohibitive de la sous-location.
133. La défense de sous-louer entraîne-t-elle la défense de céder son bail ? Rés. affirmative.
134. La défense de céder son bail entraîne-t-elle celle de sous-louer? Rés. affirmative.
135. La prohibition de sous-louer en totalité entraîne celle de sous-louer en partie.
136. La défense de sous-louer n'empêche pas de faire occuper les lieux par un ami ou par un domestique.
137. Cas singulier où s'évanouit la prohibition de sous-louer.
138. Conséquence de la cause prohibitive.
139. Comment elle opère?
140. Suite.
141. Des fins de non-recevoir contre la demande en restitution fondée sur la violation de la clause prohibitive.

COMMENTAIRE.

126. Le droit de jouissance que le bail fait passer sur la tête du locataire n'est pas un droit exclusivement attaché à sa personne. Loin de là, il est par sa nature transmissible à ses héritiers (1); il est même cessible, et peut faire l'objet d'une cession à un tiers (2).

Mais il faut que le sous-locataire que le preneur se substitue, jouisse de la même manière que ce dernier l'aurait fait lui-même, c'est-à-dire qu'il n'emploie pas la chose à un usage contraire à sa destination, et qu'il s'en serve en bon père de famille (3). C'est faute d'avoir fait attention à cette obligation que MM. Pelet et Lacuée, conseillers d'État, trouvaient que le droit de sous-louer ne se conciliait pas avec l'intérêt de la propriété et avec le respect qui lui est dû. Mais MM. Bigot et Cambacérès ayant fait observer que le sous-bailleur reste responsable de l'usage de la chose, et que l'article 1728 autorise le propriétaire à faire résilier le bail si le preneur emploie la chose à un usage dommageable, M. Lacuée se déclara satisfait, et l'article fut adopté (4).

Ainsi, il est bien entendu que le droit de sous-location n'autorise pas le locataire à changer la destination, ou à se substituer des personnes exerçant des professions incommodes (5) ou déshonnêtes (6), le preneur ne saurait aggraver la condition du propriétaire (7).

127. Cette obligation du sous-locataire ne serait pas moins impérative, s'il avait été convenu dans le bail primitif que le preneur pourrait sous-louer *à qui bon lui semblerait*. Car l'objet de cette clause serait (et rien de plus) de marquer l'intention du propriétaire, soit de ne pas s'enquérir de la personne du cessionnaire, soit de fortifier le droit de sous-location du preneur. Mais si le sous-locataire abusait de l'immeuble, s'il transformait la maison en une auberge, en un cabaret, etc., etc.; ces innovations, préjudiciables au propriétaire, ne sauraient se défendre par la clause dont il s'agit. Car l'obligation, écrite dans l'art. 1728, est de la nature du louage, et l'on ne suppose pas facilement qu'on y a dérogé. On doit plutôt penser que le bailleur a voulu accorder à son preneur le droit de choisir, sans contrôle, la personne qui se présentera entre celles qui useront de la chose suivant les er-

point de vue rationnel. D'ailleurs Pothier aurait pu avoir tort sous l'ancien droit, qu'il n'y aurait rien d'extraordinaire à ce que les principes nouveaux consacrés par le Code forçassent à revenir aux résultats que le jurisconsulte avait défendus. M. Duvergier a pu voir d'ailleurs que si je conclus comme Pothier, c'est par des raisons bien différentes; ce qui me donne occasion de dire, en terminant, que M. Duvergier se laisse aller à une grande distraction quand il m'oppose les objections avec lesquelles il a cherché à réfuter Pothier. Entre Pothier et mon système, il y a toute la distance qui sépare la vente de l'ancien droit d'avec la vente du Code civil. Que me fait donc, à moi, la lutte de M. Duvergier contre l'interprète d'une théorie qui n'est plus la nôtre? Pour m'attaquer sur mon terrain, il aurait fallu que cet auteur me prouvât que je me trompais, en soutenant que le déplacement virtuel de la propriété empêche que les choses ne soient entières, ou bien que, quoique le contrat ait engendré ses principaux effets, on peut soutenir néanmoins, malgré les idées reçues de tous temps, qu'il est conforme à la vraisemblance et à la logique, de supposer que les parties ont entendu par la dation d'arrhes pouvoir revenir sur ce qui était consommé et faire au gré d'un seul une vente nouvelle et rétrotranslative. Mais cette démonstration n'est pas encore faite, et, franchement, je la crois difficile.

(1) Pothier, *Louage*, n° 280.

(2) L. 6, C. *De locat.* (Alexander). L. 11, § 5, D. *De pigner. act.* L. 7 et 14, § 1, D. *Loc. cond.* Pothier, *Pand.*, t. 1, p. 540, n° 43, et *Louage, loc. cit.* Voët, *Loc. cond.*, n° 5.

(3) Art. 1728. Voët, *loc. cit.* Pothier, n° 280.

(4) Fenet, t. 14. p. 236. Locré, t. 7, p. 160, n° 11.

(5) Des forgerons.

(6) Des filles de mauvaise vie.

(7) Godefroy, sur la loi 6, C. *De loc. cond.* Arrêt de la cour d'Aix, du 31 janvier 1833. S., 33, 2, 486. D., 33, 2, 163.

rements primitifs, qui ne la feront pas servir à des usages préjudiciables et contraires à sa destination originaire (1).

Au surplus, les circonstances de fait auront une grande influence, et pourront faire modifier cette présomption.

128. La sous-location et la cession du bail ne rompent pas les relations du propriétaire avec le preneur; cette vérité a été rappelée par le jurisconsulte Paul (2), et par les empereurs Gratien et Valens (3); elle ressort, du reste, du rapprochement de l'art. 1753 (4). Elle fléchirait cependant s'il résultait des circonstances que le bailleur, voulant faire une novation, avait consenti à n'avoir plus pour obligé que le sous-preneur. Mais on sait que la novation ne se présume pas.

Puisque le preneur reste sous le lien de l'obligation qu'il a contractée, il suit que, s'il avait sous-loué à un taux plus élevé que le prix principal (ce qui arrive assez souvent dans les sous-locations en détail), le bailleur ne serait pas fondé à le rechercher pour cet excédant, qui est en dehors de leurs conventions. C'est là un bénéfice qui ne doit pas lui être envié, à lui sur qui pèse le péril de la sous-location. Cujas a développé cette idée avec une remarquable élégance dans son commentaire de la loi 47, au D. *De jure fisci*.

Non-seulement le preneur reste engagé envers le bailleur, mais de plus le sous-locataire ou cessionnaire du bail contracte envers celui-ci l'obligation de lui payer le prix jusqu'à concurrence de ce que lui doit le premier preneur (5). Le principe de cette obligation du sous-locataire est dans l'occupation de la chose appartenant au propriétaire (6). J'aurai occasion de développer plus tard cette vérité, et d'en tirer des conséquences importantes (7).

129. Si nous mettons le preneur en regard de celui avec qui il a traité, nous trouverons une différence marquée entre le cas où le premier sous-louerait au second, et le cas où il lui céderait son bail (8). Ainsi, par exemple, le sous-bail oblige le premier preneur à toutes les obligations qui pèsent sur le propriétaire bailleur; en sorte que si la moitié de la récolte vient à périr par cas fortuit, il doit à son sous-preneur une indemnité ou une diminution du prix du bail, quand même il aurait renoncé dans son contrat avec le propriétaire à être indemnisé des cas fortuits. Mais si le premier preneur a vendu son bail à forfait, son locataire ne pourra rien exiger de lui; seulement par une cession d'action qui se suppose facilement, et qui même est de droit dans la jurisprudence française, le sous-preneur pourra exercer contre le propriétaire l'action en diminution de canon ou en indemnité, que son cédant avait contre ce dernier. Notons, toutefois, que si le bail originaire portait que le fermier serait chargé des cas fortuits, le sous-fermier ne pourrait rien réclamer contre le propriétaire (9).

130. La faculté de sous-louer ou de céder son bail, quoique de droit commun, n'appartient pas au colon partiaire, qui est lié au bailleur par une sorte de société. « Nisi conductor primus agri, dit Voët, sit colonus partiarius, quippe qui fructus cum domino « dividens *quodam societatis jure*, alium domino so- « cium, quem is elegit, obtrudere non potest (10). » L'art. 1763 érige cette opinion en loi.

131. On a même jugé à la cour royale de Paris (11) que la faculté de sous-louer n'appartient pas au bailliste d'une carrière de plâtre, et voici comment on a motivé cette opinion. L'exploitation d'une carrière ne s'accorde par le propriétaire qu'en considération de la connaissance qu'il a de la capacité et de l'aptitude du preneur pour ce genre d'industrie. En effet, les règlements rendent le propriétaire responsable des accidents de toute espèce qui peuvent être le résultat de l'impéritie, de l'imprudence ou de la négligence des ouvriers du fermier; ils privent même le propriétaire de son droit d'exploiter la carrière lorsque l'autorité s'est trouvée dans le cas de constater à plusieurs reprises des contraventions commises dans la direction des travaux.

D'ailleurs le propriétaire a le plus grand intérêt à ce que les travaux soient entrepris, dirigés et mis à fin de manière à ménager la richesse de la carrière, à en assurer partout la solidité et la salubrité, à rendre partout accessibles les puits et les tranchées d'exploitation. Un bail de cette nature est donc personnel et exclusif, et il ne peut être cédé.

Quelle que soit la force avec laquelle cet arrêt est motivé, j'y vois cependant des difficultés. La cour semble transformer le bail d'une carrière en un louage d'ouvrages. Il faudra donc dire qu'il est dissous par la mort du bailliste (article 1795). Il faudra dire que, puisqu'il est personnel, il ne passe pas à son héritier! Mais cette conclusion n'est-elle pas en contradiction avec le but que les parties se sont proposé? Ne grève-t-elle pas singulièrement le bailliste, à qui il importe que son droit passe à son héritier, surtout à raison des avances qu'il a pu faire? Et s'il est transmissible, c'est-à-dire non personnel, pourquoi ne serait-il pas cessible dans l'absence de toute convention et de toute loi contraire?

132. La faculté de sous-louer cesse aussi quand elle a été interdite par le contrat (1).

Elle peut être interdite en tout ou en partie, et notre article veut que la clause qui la prohibe soit toujours de rigueur.

Dans l'ancienne jurisprudence, on ne l'interprétait pas toujours avec la même sévérité; on ne l'observait même scrupuleusement que pour les sous-baux de biens ruraux, parce que, les fermiers ne cultivant pas tous également bien, il était de l'intérêt du propriétaire de ne pas perdre celui qui méritait sa confiance. Mais, dans les baux de maisons, on était beaucoup moins sévère; et Denizart (13) et Baurjon (14) nous apprennent que, suivant l'usage du Châtelet de Paris, le locateur n'était admis à se plaindre de la contravention, et à demander en conséquence la résolution du bail, que lorsque le locataire sous-baillait la maison en entier, et non lorsque, pour se décharger, il en sous-louait seulement une partie. On décidait aussi

(1) Pothier, *Louage*, n° 280. *Secùs*, M. Duvergier, t. 1, n° 392.

(2) L. 47, D. *De jure fisci*.

(3) L. 3, C. *De fund. rei privatæ*.

(4) V. *infr.*, n°s 537 et suivants. *Junge* Pothier, n° 282. M. Duvergier, t. 1, n° 380.

(5) Art. 1753, C. C. Art. 820, C. pr. c. *Infr.*, n° 538. M. Curasson, p. 284, n° 23.

(6) Ferrière sur Paris, art. 171, glose 3, n° 22. *Infr.*, n° 538.

(7) *Infr.*, n° 538, et surtout 547.

(8) *Supr.*, n° 22. V. le texte positif de l'art. 1717.

(9) M. Duranton, du *Louage*, n° 90. M. Merlin, Répert., *Sous-location*. M. Duvergier, t. 1, n° 379.

(10) *Loc. cond.*, n° 5. Arg. des lois 25, § 6, D. *Loc. cond.* L. 19 et 65, § 11, *Pro socio*. *Infr.*, n° 642.

(11) Arrêt du 28 juillet 1825.

(12) Texte de notre article.

(13) *Bail à loyer*. Pothier, n° 283. M. Merlin, Répert., *Bail*, § 9, n° 6.

(14) T. 2, p. 24.

que lorsqu'il était convenu que le locataire ne pourrait sous-bailler *sans le consentement du propriétaire*, celui-ci ne pouvait refuser son assentiment quand un sous-locataire *æque idoneum* lui était présenté (1).

Le Code civil s'est montré plus sévère par respect pour la force des conventions. Il faut convenir cependant qu'il conduit quelquefois à des résultats qui manquent d'équité. Nous en verrons la preuve dans un moment.

En attendant, nous ferons observer aux locataires qui peuvent prévoir qu'ils seront exposés à des déplacements forcés, qu'il est de leur intérêt de ne pas laisser insérer dans les baux qu'ils consentent la prohibition pure et simple de sous-louer. Elle n'est, pour les propriétaires âpres et sans bonne foi, qu'un moyen de forcer le locataire obligé de quitter avant le temps, à composer par des dommages-intérêts. Ainsi vous, locataire, qui venez d'acheter, pour vous loger, une maison, ou que des raisons impérieuses contraignent à changer de résidence, vous vous imaginez qu'en offrant à votre propriétaire (s'il est du caractère de ceux que j'en ai vue) un autre locataire, aussi bon père de famille que vous, et présentant les mêmes garanties, il va vous donner congé et passer un bail nouveau avec votre successeur. Détrompez-vous! il refusera tout, jusqu'à ce que vous lui ayez payé une somme de dommages et intérêts pour je ne sais quel préjudice qu'il n'éprouve pas. Il vous dira avec dureté : Vous donnez-moi ce que j'exige à titre de dédit, ou bien consentez à me payer tous les loyers jusqu'à la fin de votre location. Tel est le langage qu'il vous tiendra ; et, comme vous êtes pressé d'en finir, vous en passerez par ces conditions rigoureuses, et votre homme aura le double avantage d'avoir sa maison louée sans interruption et de profiter du montant de votre composition (2) !!!

133. Voyons maintenant comment s'interprète et s'exécute sous le Code civil la prohibition de sous-louer.

Et d'abord nous avons vu, au nº 129, que du sous-bailleur au sous-preneur, il y a une grande différence entre sous-louer et céder son bail. Mais y en a-t-il entre le propriétaire et son locataire, en d'autres termes, la défense de sous-louer entraîne-t-elle la défense de céder son bail, et réciproquement?

La première partie de la question n'est pas difficile à résoudre. Qui défend le moins, défend le plus. Or, céder son bail est une opération plus grave et plus large que sous-louer. Donc le propriétaire qui a interdit la faculté de sous-louer, a interdit, à plus forte raison, la faculté de céder son bail (3).

134. Mais on n'est pas d'accord sur la seconde branche de la question, qui consiste à savoir si la prohibition de *céder son bail* comprend celle de *sous-louer*.

Un arrêt de la cour d'Angers du 27 mars 1817 a embrassé la négative (4).

Je ne crois pas qu'on puisse opposer comme contraires à cette décision les arrêts qui ont jugé que la défense de *céder son bail en tout* OU EN PARTIE comprend la défense de sous-louer (5) ; car sous-louer, c'est céder une partie de son bail, c'est transporter sur la tête d'autrui une partie du droit qu'il vous accorde ; d'où il suit (pour le dire en passant), qu'on ne saurait admettre, avec la cour d'Amiens, que céder son bail *en tout* OU EN PARTIE, n'est pas une clause qui atteigne un sous-bail (6).

Mais ce qui est plus explicite et tout à fait en opposition avec l'arrêt d'Angers, dont je viens de parler, c'est un arrêt de la cour de Paris du 28 mars 1829, qui décide nettement « que la prohibition de céder « son bail entraîne nécessairement celle de sous- « louer en tout ou en partie (7). »

Et cette cour a confirmé sa jurisprudence par un arrêt du 6 mai 1835, rendu en interprétation d'une clause qui prohibait au preneur *de transporter son bail* (8).

Au milieu de ces opinions divergentes, il faut reconnaître que les décisions que rendent les tribunaux sur ces sortes de questions, dépendent beaucoup des circonstances et surtout de l'intention présumée des parties qui a tant de pouvoir pour faire fléchir le sens grammatical des mots.

Toutefois je dirai qu'en thèse générale, la prohibition de sous-louer est renfermée, pour le cas spécial, dans la défense de céder son bail. Il est vrai que nous avons montré ci-dessus la différence qui existe entre ces deux conventions (9) ; mais cette différence n'est d'aucune importance à l'égard du bailleur, à qui il importe peu que le changement de personne s'obtienne par voie de sous-bail ou par voie de cession. Ce qui est intéressant pour lui, ce qui l'a déterminé à défendre de céder, c'est de ne pas voir les lieux occupés par un autre que le locataire de son choix (10). Cette intention doit donc être respectée.

135. On a demandé sous le Code civil si la prohibition de sous-louer ou transporter son droit s'oppose à ce que le locataire passe sous-bail d'une partie seulement de la chose. Et (ce qui pourra paraître extraordinaire) la cour de Bruxelles a décidé qu'une disposition prohibitive à l'égard du tout, n'étant pas nécessairement applicable à chacune de ses parties, il y avait lieu de faire jouir le locataire du droit de sous-louer en partie (11)! La cour de Bruxelles n'a pas vu qu'elle en revenait par là à la jurisprudence du Châtelet, dont nous avons parlé au nº 132, et que Pothier n'expliquait que parce qu'avant le Code, la défense de sous-louer ne s'exécutait pas à la rigueur. Mais comment justifier aujourd'hui une telle doctrine? Comment n'y pas apercevoir une violation hardie de l'art. 1717?

Toutefois, l'opinion adoptée par la cour de Bruxelles n'est pas restée isolée. La cour royale de Paris l'a reproduite dans le considérant d'un de ses arrêts,

(1) Pothier et Denizart, *loc. cit.*

(2) Il y a de fréquents exemples de cette dureté abusive, mais qui trouve son point d'appui, au moins en droit strict, dans notre article. (V. *infrà*, nº 137.)

(3) Duvergier, t. 1, nº 375.

(4) Dalloz, *Louage*, p. 923, in-8º p. 26. Sirey, 18, 2, 234.

(5) Paris, 28 aout 1821 (D., *Louage*, p. 925, in-8º p. 31. Sirey, 25, 2, 106). 24 février 1825 (D., 25, 2, 208). 18 mars 1826 (D., 27, 2, 34).

(6) Arrêt du 24 mai 1817. S., 24, 2, 62 (Dall., *Louage*, p. 923, in-8º p. 26). V. Répert. de M. Merlin, *Sous-location*.

(7) D., 29, 2, 182.

(8) S., 35, 2, 305.

(9) Nº 129.

(10) *Junge* M. Duvergier, t. 1, nº 376. *Contrà*, M. Dalloz *Louage*, p. 926, nº 6, in-8º, p. 26. Duranton, du *Louage*, nº 93.

(11) Arrêt du 17 juillet 1821. D., *Louage*, p. 923, in-8º p. 26. *Contrà*, Amiens 22 juin 1822 (D., *Louage*, p. 925, in-8º p. 27. S., 24 2, 44). La clause qui interdit au preneur de *sous-louer* la maison, n'apporte pas la défense d'en sous-louer une partie. (17 juin 1821, C. de Brux.; Jur. de Belg., 1821, 2, 110.)

Lorsque dans un bail il est stipulé que le locataire ne pourra sous-louer, sous peine de résiliation, cette peine est encourue, s'il y eu sous-location de la majeure partie de la maison. (25 mars 1836, C. de Brux.; Jurisp. de Belg., 1836, 2, 448.)

sans la juger à fond (1), et M. Duvergier; entraîné par l'ancien droit, a cru devoir lui donner son assentiment (2).

136. Mais, quelque sévérité que le Code recommande dans l'application de la clause prohibitive de sous-louer, on ne pourrait, cependant, trouver une contravention dans le fait de celui qui, cessant d'occuper personnellement la maison, la ferait habiter par un homme de confiance à ses gages. Car il est censé y loger lui-même, lorsqu'il n'y tient que des domestiques qui le représentent (3).

Le locataire pourrait même, quoi qu'en dise M. Duvergier (4), prêter son appartement. C'est ce que reconnaissait formellement M. Cambacérès, dans la discussion au conseil d'État de l'art. 1717 (5), discussion qui a échappé à cet auteur.

137. On doit même aller plus loin, et décider que la prohibition s'évanouit dans le cas prévu par l'article 2102, et que j'ai développé dans mon Commentaire des *Priviléges et Hypothèques* (6).

138. Puisque la clause prohibitive doit s'exécuter à la rigueur, il s'ensuit :

1° Que le locataire ne peut forcer le propriétaire à résilier le bail en lui offrant des dommages et intérêts (7);

2° Que quand même le locataire offrirait un sous-preneur, père de famille soigneux et solvable, il ne peut obliger le propriétaire à l'agréer, ce dernier ayant un pouvoir de refus purement arbitraire (8).

139. La violation de la prohibition autorise le locateur à poursuivre la résiliation (art. 1741 et 1766); mais elle ne s'opère pas de plein droit, et il faut que la résiliation soit demandée en justice, d'après l'article 1184 du Code civil (9). Il a même été jugé, par la cour de cassation (10), que lorsqu'avant la demande, la sous-location avait été résiliée, et les choses remises dans leur premier état, sans que le propriétaire pût articuler aucun préjudice causé par la sous-location, il était non recevable dans son action en résolution (11), et c'est encore ce que la chambre des requêtes a décidé par un second arrêt du 29 mars 1837. (12).

140. Il est vrai qu'un arrêt de la cour de Colmar, du 16 août 1816, semble, au premier abord, contrarier notre proposition (13). Mais cette décision peut s'expliquer par la circonstance que la clause résolutoire était expresse, ainsi que cela résulte du motif du jugement du tribunal de première instance de Strasbourg. Or, d'après la théorie que j'ai exposée dans mon Commentaire de la *Vente* (14), on sait qu'il y a une grande différence entre la clause résolutoire expresse et la clause résolutoire tacite; que la première s'opère de plein droit, tandis que la seconde doit être poursuivie en justice.

Je n'ignore pas que la cour royale n'a pas motivé son arrêt sur ce point de droit; qu'elle a décidé d'une manière absolue que l'art. 1717 ne peut se concilier avec l'art. 1184, puisque le premier veut que la prohibition s'exécute *à la rigueur*, tandis que le second tempère la résolution par la faculté donnée au juge d'accorder un délai pour remplir l'obligation. Mais ce sont là de mauvais motifs donnés à l'appui d'un bon arrêt. L'art. 1184 est général, et, de plus, il se combine très-bien avec l'art. 1717. Car ce dernier article ne dit pas que la résolution est de rigueur; il dit que la prohibition est de rigueur, ce qui est bien différent. Et, en effet, supposons que le juge accorde un délai pour remplir l'obligation. Ne sera-t-il pas vrai de dire que la prohibition de sous-louer sera exécutée suivant sa forme et teneur? Ne sera-ce pas pour en procurer la stricte exécution que le juge aura ajourné un instant la résiliation? Quelle comparaison y a-t-il à faire entre ce respect scrupuleux du juge pour la convention prohibitive, avec les détours de l'ancienne jurisprudence qui, on l'a vu (15), subtilisait pour la rendre sans effet et pour forcer le propriétaire à souffrir des sous-locataires?

Au reste, je peux opposer à ces motifs de l'arrêt de Colmar un arrêt de la cour de Lyon, du 16 décembre 1825 (16), motivé avec beaucoup de soin, et qui, nonobstant une demande en résiliation, maintient dans la plénitude de son bail un locataire qui, ayant sous-loué de bonne foi et à la connaissance du propriétaire, quoique toutefois sans son consentement formel, offrait de faire sortir le sous-locataire et d'occuper lui-même les lieux. Cet arrêt, basé tout entier sur l'art. 1184 du Code civil, en fait une application très-équitable et tout à fait juridique.

141. Contre la demande en résiliation, basée sur l'inexécution de la clause prohibitive, le défendeur a une fin de non-recevoir péremptoire dans le consentement que le bailleur aurait donné à la sous-location.

Ce consentement peut être antérieur à l'entrée en jouissance du sous-locataire.

Il peut être postérieur et contenir ratification (17).

Il peut être exprès.

Enfin il peut puiser son énergie dans des actes indirects qui le renferment tacitement mais nécessairement, comme par exemple lorsque le bailleur a reçu du cessionnaire ou sous-locateur le loyer ou le fermage sans réclamation.

Presque toujours la formule prohibitive est ainsi conçue : « *Le preneur ne pourra sous-louer sans le* « *consentement* PAR ÉCRIT *du bailleur.* » Souvent cette clause a une valeur impérative très-respectable; mais souvent aussi la condition de l'écriture n'est requise que par habitude; et dans plus d'une circonstance, on peut dire avec assurance et sans fausser la volonté des parties, qu'elle n'est pas tellement de rigueur, qu'un consentement verbal prouvé formellement par le preneur, au moyen d'une preuve vocale soutenue d'un commencement de preuve par écrit, ne puisse

(1) 6 mai 1835. Sirey, 35, 2, 305.

(2) T. 1, n° 374.

(3) Bordeaux, 11 janvier 1826 (D., 26, 2, 161). Cet arrêt est rendu sous la présidence de M. Ravez. (S., 26, 2, 193).

(4) T. 1, n° 367.

(5) Fenet, t. 16, p. 236, Locré, t. 7, p. 160.

(6) T. 1, n° 155.

(7) Cassat., 26 février 1812 (D., *Louage*, p. 923, in-8° p. 28. M. Merlin, Répert., v° *Sous-location*. Palais. Sirey). Cette espèce se présentait avec des circonstances favorables; le preneur disait au propriétaire : « Relouez vous-même si vous ne voulez pas « que je reloue, et je vous payerai la différence qu'il pourra y « avoir entre le prix promis et celui que vous pourrez retirer de « votre nouveau bail. » Il alléguait d'ailleurs des raisons plausibles pour ne pouvoir plus habiter lui-même la maison.

(8) V. ci-dessus l'ancien droit, n° 132. M. Merlin, Répert., *Bail*, § 9, n° 6. M. Duvergier, t. 1, n° 369.

(9) Mon Comm. de la *Vente*, n° 61.

(10) 13 déc. 1820. Sirey, 21, 1, 319. Palais, t. 61, p. 59. Dalloz, *Louage*, p. 924, in-8° p. 29. *Junge* M. Duvergier, t. 1, n° 370.

(11) Arg. des art. 1741 et 1766.

(12) Sirey, 37, 1, 614.

(13) Dalloz, *Louage*, p. 924, in-8° p. 29. Sirey, 19, 2, 27.

(14) *Loc. cit.*

(15) *Suprà*, n° 132.

(16) D., 26, 2, 41. S., 26, 2, 55. Palais, t. 78, p. 528.

(17) M. Duranton, du *Louage*, n° 89. M. Duvergier, t. 1, n° 372.

être déclaré suffisant pour autoriser la sous-location. C'est ce qu'a jugé la cour d'Amiens, par arrêt du 7 juin 1838, qui a considéré que, dans l'espèce qui lui était soumise, une telle clause n'ajoutait rien à la loi sur la preuve des conventions, et qu'y ayant commencement de preuve par écrit, la preuve orale du consentement était admissible; le pourvoi contre cette décision a été rejeté, à mon rapport, par arrêt de la chambre des requêtes, du 19 juin 1839, par ce motif, qu'il avait été dans les attributions souveraines de la cour royale de décider si, dans la pensée des parties, l'écriture était un élément substantiel du consentement, ou si elle n'avait été exigée que par une clause de *pur style* (1).

Le même arrêt d'Amiens a jugé que, dans ce dernier cas, le consentement peut être établi par tous les moyens de preuve autorisés par la loi, et particulièrement par un interrogatoire sur faits et articles. Cette solution a aussi trouvé l'assentiment de la chambre des requêtes. Mon rapport sur cette affaire est reproduit en grande partie dans la collection Sirey (2).

Article 1718.

Les articles du titre *du contrat de mariage* et *des droits respectifs des époux*, relatifs aux baux des biens des femmes mariées, sont applicables aux baux des biens des mineurs.

SOMMAIRE.

142. Transition. Des personnes capables de louer.
143. 1° *Des mineurs et des interdits*. C'est leur tuteur qui peut louer. Limites de ce pouvoir.
144. Mais le tuteur ne peut prendre à bail les biens de son pupille.
145. 2° *Du mineur émancipé*. Il peut passer des baux; mais le fermier s'exposerait en lui faisant des payements par anticipation.
146. Des limites que l'émancipé doit observer dans les baux qu'il passe.
147. Le mineur émancipé peut prendre à bail. Restriction à ce droit.
148. 3° *Des individus placés sous l'assistance du conseil judiciaire*.
149. 4° *De la femme mariée* qui s'est réservé l'administration de ses biens.
La femme peut-elle prendre à bail sans l'autorisation du mari?
150. 5° *Des envoyés en possession provisoire*.
151. 6° *Du mari* en ce qui concerne les biens de la femme.
152. Suite.
153. Suite.
154. Des baux faits par le mari en fraude des héritiers de la femme.
155. 7° *De l'usufruitier*.
156. 8° *Du copropriétaire indivis*. De celui qui a sur la chose un droit soumis à une condition résolutoire. Renvoi.
157. L'action en réduction des baux d'une durée excessive passe à l'acquéreur à titre particulier, à moins qu'il n'y ait renoncé.
158. Les personnes qui ont capacité pour passer bail ont aussi capacité pour demander la résiliation.

COMMENTAIRE.

142. L'art. 1718 nous amène à une importante partie de notre sujet; c'est à savoir, celle qui concerne les personnes capables de consentir des baux de maisons et de biens ruraux. Déjà nous avons vu, par l'art. 1712, les règles applicables aux baux des établissements publics, des communes et de l'État. Il nous reste à nous occuper des autres personnes, dont la capacité est sujette à des restrictions par le droit civil.

143. Les mineurs et les interdits ne peuvent ni donner ni recevoir à loyer (3). S'ils passaient des baux sans l'assistance de leur tuteur, ces actes seraient nuls *ipso jure*, d'après l'art. 1124 du Code civil. J'ai établi les preuves de cette proposition dans mon Commentaire de *la Vente* (4).

Le tuteur seul a le droit de donner à bail l'immeuble de son pupille. Mais son pouvoir n'est pas illimité; notre article le restreint dans les bornes tracées par les art. 1429 et 1430, dont on verra l'exposé aux nos 151 et suiv.

144. Le tuteur ne peut prendre à ferme les biens du mineur, à moins que le conseil de famille n'ait autorisé le subrogé tuteur à lui en passer contrat (5).

145. Comme le droit de passer des baux est un simple droit d'administration, et qu'il ne se traduit pas en aliénation, il s'ensuit que le mineur émancipé peut passer des baux qui n'excèdent pas 9 ans, sans l'assistance de son curateur (6).

Remarquez cependant qu'il y aurait du danger pour le preneur à lui payer les loyers par anticipation. Un tel payement pourrait avoir la couleur d'un emprunt, et le mineur, en le recevant, ferait plus qu'un acte d'administration (7). Le preneur ne devrait payer par anticipation, qu'en faisant intervenir le conseil de famille.

146. Si le mineur émancipé passait des baux de plus de 9 ans, ils seraient réductibles conformément à l'art. 1429 du Code civil, combiné avec notre article 1718.

S'il passait des baux à ferme plus de 3 ans avant l'expiration des baux courants, et des baux à loyer plus de 2 ans avant la même époque, pourrait-on lui

(1) Sirey, 39, 1, 462.
(2) *Loc. cit.*
(3) Art. 502, 450, C. C.
(4) Nos 166, 167.
(5) Art. 450.
(6) Art. 481.
(7) Arrêt de la Cour de Poitiers, du 5 mars 1823 (Dalloz, *Tutelle*, p. 780, col. 1, no 2; in-8° t. 27, p. 423). Arg. de l'art. 481.

appliquer la disposition de l'art. 1430 du Code civil? Cette question s'est présentée devant la cour de Nîmes avec des circonstances utiles à retracer.

Le 1er mars 1815, Rovère, mineur émancipé, assisté de sa mère, passe bail à Ferrier et Chabert, pour l'espace de 9 ans, de différents immeubles qui ne devaient être laissés libres, par le précédent fermier, que 5 ans 1/2 plus tard. Les fermages furent payés par anticipation pour toute la durée du bail.

Plus tard, Rovère, ayant atteint sa majorité, vend les immeubles dont il s'agit, sous condition que l'acquéreur entrera sur-le-champ en jouissance, et pour lui procurer l'exécution de cette clause à laquelle faisait obstacle le bail du 1er mars 1815, Rovère en demande la nullité.

L'arrêtiste ne fait pas savoir si ce bail avait reçu un commencement d'exécution; mais il est probable que non; car cette circonstance était si importante qu'elle se serait fait jour dans la discussion.

Les fermiers résistèrent à la demande en nullité, ils prétendirent que l'art. 1718 ne concernait que les tuteurs, et que rien dans l'art. 481 ne portait à croire que le droit de l'émancipé dût être limité par l'article 1430; qu'il suffisait que le mineur émancipé ne passât pas des baux de plus de 9 ans, et que le leur n'excédait pas cette durée.

On conçoit combien ce système était faible et dangereux. L'art. 1718 est général et absolu, il fait peser, sans distinction, les dispositions des articles 1429 et 1430 sur tous les baux de biens de mineurs; or le mineur émancipé compte dans la classe des mineurs.

Qui ne sent, ensuite, que, s'il était permis à l'émancipé de stipuler des baux nouveaux, sans attendre les termes définis par l'art. 1430, il pourrait consentir deux, trois séries de baux, qui, par avance, lui ôteraient la disposition de ses biens quand il parviendrait à la majorité?

On pressent donc que la nullité fut prononcée par la cour royale. Son arrêt, en date du 12 juin 1821 (1), est fondé sur ce qu'en accordant au mineur émancipé le droit de faire tous les actes qui ne sont que de pure administration, l'art. 481 le met à la place de ceux qui administraient auparavant ses biens, et ne le rend apte à faire que les actes qu'ils auraient pu consentir en son nom.

147. Le mineur émancipé est personne capable pour prendre à bail. Toutefois, s'il abusait de ce droit; si, avec une fortune bornée, il louait un magnifique et dispendieux appartement, il y aurait lieu d'user de la disposition de l'art. 484 du Code civil.

148. La faculté de prendre et de donner à loyer appartient à ceux qui sont placés sous l'assistance d'un conseil judiciaire (2).

149. La femme mariée peut aussi, sans l'autorisation de son mari, passer des baux de 9 années pour les biens dont elle a l'administration (3); avec le pouvoir d'administrer, marche toujours, comme conséquence, celui de donner à bail.

La femme séparée est maîtresse de prendre à bail; aucune autorisation ne lui est nécessaire pour cela (4). Mais il n'en est pas de même de la femme non séparée; elle ne pourrait, sans autorisation, se soumettre aux obligations qu'entraîne après lui un bail à ferme. Il est vrai que la location d'une maison nécessaire au logement, rentre dans l'administration domestique, et qu'une femme est, en général, censée avoir le mandat de son mari pour les actes qui ne dépassent pas ce cercle borné (5); en sorte que si une femme, éloignée de son mari, louait un appartement pour elle et sa famille, cet engagement devrait être présumé contracté pour le compte du mari, et avec son autorisation. Néanmoins, on ne devrait appliquer cette présomption qu'avec prudence et discernement. Elle ne devrait pas servir à protéger des actes de fantaisie, des locations de meubles trop somptueux et d'appartements trop magnifiques pour la fortune des époux. Si une femme non autorisée se permettait de profiter de l'éloignement de son mari pour faire de tels contrats, il serait difficile de voir en elle un mandataire tacite, et le juge pourrait avoir égard aux circonstances pour faire droit à la demande en nullité du bail.

150. Les envoyés en possession provisoire des biens des absents, qui, aux termes de l'art. 125 du Code civil, n'en ont que l'administration et le dépôt, doivent observer dans les baux qu'ils passent les dispositions des art. 1429 et 1430 (6).

151. Le mari qui, aux termes de l'art. 1428 du Code civil, a l'administration de tous les biens personnels de la femme, a par conséquent le droit de les louer et de les affermer seul et sans son concours. Mais le législateur devait prévoir le cas où la dissolution du mariage ou de la communauté met l'épouse en possession de son avoir, et ouvre, pour elle, l'intérêt de l'administrer personnellement. Il ne fallait pas que le mari pût, par des baux trop prolongés, restreindre ce droit d'administration; le législateur devait aussi porter son attention sur les héritiers de la femme, dans le cas où ce serait la mort de celle-ci qui dissoudrait la communauté. Le pouvoir du mari devait donc être limité, afin que ces derniers ne fussent pas gênés par des baux d'une durée exorbitante, et souvent d'un revenu disproportionné. Les art. 1429 et 1430 ont donc renfermé dans de justes bornes le droit du mari sur le fait des baux des propres de son épouse (7). Il résulte de leurs dispositions ce qui suit:

1° Les baux de 9 ans et au-dessous passés par le mari, sans anticipation, doivent être exécutés pendant toute leur durée, lors même que la communauté se dissoudrait avant leur terme d'expiration.

2° S'ils ont été stipulés pour plus de 9 ans, ils ne lient la femme, ou ses héritiers, que pour le temps qui reste à courir, soit de la première période de 9 ans, si les parties s'y trouvent encore, soit de la seconde et ainsi de suite, de manière que le fermier et le locataire n'aient que le droit d'achever la jouissance de la période de 9 ans, où ils se trouvent (8).

Du reste, il est bien entendu qu'il n'y a que la femme et ses héritiers qui soient reçus à se plaindre de la longueur excessive du bail. L'action en réduction à la durée légale n'a été introduite que dans leur intérêt (9).

3° Si le mari n'a pas attendu l'expiration des ter-

(1) Dall., *Tutelle*, p. 780, in-8°, t. 27, p. 423.

(2) Art. 513, C. C.

(3) Art. 217, 1449, 1576, C. C. M. Duranton, du *Louage*, n° 33.

(4) Arg. de l'art. 1449.

(5) Rennes, 30 décembre 1813 et 21 janvier 1814 (Dalloz, *Mariage*, p. 143, note 1; in-8°, t. 29, p. 335).

(6) M. Duvergier, t. 1, n° 40. *Contrà*, M. Proudhon, *Usufruit*, t. 1, n° 54.

(7) V. M. Toullier, t. 12, n°s 403 et suiv. M. Duvergier, *Louage*, t. 1, n° 40.

(8) Et comme nul n'est censé ignorer la loi, notez bien qu'ils ne pourraient demander des dommages et intérêts au mari à cause de cette réduction, qu'autant qu'ils auraient un juste sujet de le croire propriétaire des biens affermés, et que le mari les aurait entretenus dans cette erreur. L. 7, D. *De juris et facti ignor.* Proudhon, *Usufruit*, t. 3, n° 1220. M. Toullier, t. 12, n° 406.

(9) Duverg., t. 1, n° 41. M. Zachariæ, t. 3, p. 4. *Contrà*, M. Duranton, t. 4, n° 588. *Contrat de mariage*, n° 310.

mes pour renouveler les baux, la femme ou ses héritiers ne sont liés que par ceux de 9 ans et au-dessous, qui ont été stipulés trois ans avant l'expiration du bail courant, s'il s'agit de biens ruraux, et deux ans avant la même époque, s'il s'agit de maisons. Et il faut remarquer que ces baux sont obligatoires, lors même qu'à la dissolution de la communauté, ils ne seraient pas encore entrés en cours d'exécution. La loi a voulu qu'ils fussent respectés, parce qu'un père de famille diligent doit prendre ses précautions d'avance pour que les biens qu'il administre ne restent pas sans fermiers ni locataires, et qu'en agissant dans cet esprit de prévoyance, le mari s'est montré soigneux des intérêts qui lui étaient confiés (1).

Mais si les baux ont été passés avant ces trois ans ou ces deux ans, ils restent sans effet, à moins toutefois que la dissolution de la communauté ne les trouve déjà commencés. Dans ce cas, ils doivent être maintenus, lors même qu'ils seraient faits à vil prix, pourvu toutefois qu'on n'articulât pas des faits de fraude contre cet acte de l'administration maritale (2).

152. Voilà pour les baux anticipés de 9 ans et au-dessous. Si le mari en avait passé par anticipation de plus de 9 ans, et qu'ils eussent été suivis de l'entrée en jouissance du fermier ou du locataire, avant la dissolution de la communauté, je pense qu'ils devraient être réduits à 9 ans, conformément à l'article 1429, et qu'il faudrait donner la préférence à la règle équitable que le droit canonique proclamait en cette matière : *utile ab inutili separatur* (3). Il est vrai que M. Proudhon enseigne que les baux dont il s'agit ne sont en aucune manière obligatoires, *lors même que leur cours aurait commencé avant la cessation de l'usufruit, puisque la loi n'accorde d'effet aux baux anticipés qu'autant qu'ils ne sont que de 9 ans et au-dessous* (4). Mais ce n'est là qu'un argument *à contrario* qui me paraît manquer de justesse. Quand un bail est exécuté, quand il y a emménagement, prise de possession, établissement, la loi prend en considération l'intérêt du preneur; il lui importe peu de savoir à quelle époque son droit a pris naissance; c'est l'exécution du bail qui la frappe; elle ne peut alors l'assimiler à un de ces contrats qui ne sont que pour la forme, entre parties, et dont le seul but est de nuire à des tiers. Ici, l'événement a prouvé que le mari avait entendu faire quelque chose de sérieux, et qu'il croyait le bail utile pour la communauté, puisqu'il a mis le bailliste en possession. L'exécution efface donc la date du contrat; elle l'assimile à un contrat passé de la veille, et cette proposition n'est pas seulement vraie pour les baux de 9 ans et au-dessus; elle n'est pas moins incontestable pour ceux qui ont été stipulés pour une plus longue période; car la force de la loi les réduisant à 9 ans, n'est-ce pas comme si de prime abord ils avaient été consentis pour cette durée?

153. Les dispositions des art. 1429 et 1430 ne concernent que les baux des biens ruraux et des biens de ville. Quant aux choses mobilières qui ne sont pas les accessoires d'un immeuble, la dissolution de la communauté les fait rentrer dans le patrimoine de la femme ou de ses héritiers, le bail se trouve résolu par la maxime *resoluto jure dantis, resolvitur jus accipientis* (5). Ce qui confirme cette vérité, c'est que l'art. 1743, qui force l'acquéreur à entretenir le bail, n'est placé que sous la rubrique *des règles communes aux baux des maisons et des biens ruraux*.

154. Les baux passés par le mari dans les limites des art. 1429 et 1430 peuvent, du reste, être toujours attaqués, s'ils ont été faits en fraude des droits de la femme ou de ses héritiers. Tels seraient ceux qui auraient été passés à vil prix et moyennant des pots-de-vin exigés des preneurs, sans le concours de la femme. L'art. 10 du décret du 6 novembre 1813 défend expressément la stipulation de pot-de-vin dans les baux des biens ecclésiastiques, et il autorise le successeur du titulaire qui aurait reçu cet avantage à demander l'annulation du bail à compter de son entrée en jouissance, ou d'exercer son recours en indemnité soit contre les héritiers du précédent titulaire, soit même contre le fermier.

Ces dispositions, empreintes d'un grand caractère de sagesse, s'appliquent naturellement aux baux passés par le mari; en recevant le pot-de-vin, il porte préjudice à sa femme ou à ses héritiers, à l'égard desquels le canon sera d'autant moindre. Il y a donc là une fraude qui ne doit pas rester sans réparation (6).

Mais remarquez que le seul fait de la vileté du prix et de l'anticipation du bail, ne serait pas suffisant pour faire présumer un dol caractérisé (7). C'est, du reste, aux tribunaux à peser les circonstances, à voir si le mari n'aurait pas spéculé sur une maladie grave de sa femme, sur l'imminence de sa mort, pour passer des baux abusifs afin d'avantager le preneur. Il est difficile d'établir des règles *à priori* (8).

155. L'usufruitier qui a un droit de jouir égal à celui du propriétaire, peut aussi donner à bail (595 C. C.), et les baux qu'il passe sont obligatoires, non-seulement pendant la durée de son usufruit, mais encore après que son droit a cessé d'exister, en sorte que le nu-propriétaire entre les mains duquel l'usufruit se réunit au fonds, est obligé de les entretenir tant qu'ils ne sont pas expirés. Il en était autrement dans l'ancienne jurisprudence, qui tenait pour maxime que le bail finissait avec l'usufruit (9). Mais cette rigueur tenait à un point de droit que nous expliquerons en commentant l'article 1743.

C'est cette influence du bail de l'usufruitier sur le nu-propriétaire, qui a déterminé le législateur à ne pas laisser au premier un pouvoir indéfini pour grever l'avenir du second. L'art. 595 du Code civil veut donc que l'usufruitier se conforme, pour les époques, le renouvellement et la durée des baux, aux règles établies pour le mari à l'égard des biens de la femme. Nous les avons exposées aux n°s 151 et suivants (10).

156. J'ai parlé, au n° 100, des baux passés par le copropriétaire d'une chose indivise, et par celui qui a sur la chose un droit soumis à une condition résolutoire.

157. Sur toutes les questions que nous venons de parcourir, il y a une remarque à faire, c'est que l'action en réduction des baux d'une durée excessive passe aux acquéreurs à titre singulier des immeubles

(1) Toullier, t. 12, n° 410.

(2) Arrêt de la cour de cassation, du 11 mars 1824 (Dall., *Louage*, p. 909; in-8°, t. 19, p. 15). Le bail était fait de moitié au-dessous du véritable fermage

(3) Durand de Mallane, *Dictionnaire de droit canon*, v° *Bail*.

(4) *Usufruit*, n° 1213.

(5) M. Proud'hon, *Usufruit*, n° 1217.

(6) M. Proud'hon, *Usufr.*, n° 1219. M. Toullier, t. 12, n° 408. *Junge* Ferrières, *sur Paris*, art. 227, n° 18.

(7) *Supr.*, n° 151. Arrêt de la cour de cassat., du 11 mars 1824 (D., *Louage*, p. 909; in-8°, p. 15.)

(8) V. un exemple rapporté par M. Toullier, t. 12, n° 40.

(9) Coquille, *Quest.* 156.

(10) *Junge* M. Proud'hon, *Usufruit*, n°s 1212 et suiv.

sur lesquels pèsent ces baux, à moins toutefois que, par des clauses spéciales contenues dans le contrat d'acquisition ou dans le cahier des charges, ils ne se soient obligés à maintenir le fermier jusqu'à la complète expiration du temps convenu (1). Du reste, une telle renonciation ne se présume pas facilement. En général, et à part toute circonstance, la simple réserve de maintenir les baux ne doit s'entendre que des baux légalement faits et dans la mesure fixée par le législateur. Le contraire ne résulte pas de l'arrêt de la cour de cassation que je viens de citer en note. Le rapporteur, M. Faure, fit observer aux magistrats, au nombre desquels je siégeais, que si la cour de cassation était maîtresse de se livrer à l'interprétation de la clause imposée à l'adjudicataire, probablement elle ne partagerait pas l'opinion de la cour royale de Paris, qui avait vu dans la seule stipulation de maintenir les baux existants une obligation de les ratifier, même dans ce qu'ils avaient d'abusif; mais il ajoutait que cette interprétation de volonté, quelque vicieuse qu'elle fût, échappait à la censure de la cour de cassation, et que la cour royale avait été souveraine sur ce point. Cette observation décida la chambre des requêtes à rejeter le pourvoi. On ne la trouve pas consignée dans les recueils d'arrêts; mais je puis en garantir, comme juge et comme témoin, l'authenticité.

158. Nous avons parcouru la liste de ceux qui, sans être eux-mêmes propriétaires, peuvent cependant louer dans une certaine limite la chose confiée à leur administration. Par une suite naturelle de leur pouvoir, ces personnes peuvent congédier les preneurs quand les baux sont expirés; de plus, elles ont une égale capacité, toujours sans sortir du cercle de leur administration, pour poursuivre, contre les preneurs qui mésusent, la résiliation des baux (2). Chasser un mauvais fermier pour s'en procurer un plus diligent et plus solvable, c'est administrer en bon père de famille. On connaît cette règle du droit dictée par la raison : *Eo modo dissolvuntur obligationes quo modo colligantur.*

Article 1719.

Le bailleur est obligé, par la nature du contrat et sans qu'il soit besoin d'aucune stipulation préliminaire,

1° De délivrer au preneur la chose louée;
2° D'entretenir cette chose en état de servir à l'usage pour lequel elle a été louée.
3° D'en faire jouir paisiblement le preneur pendant la durée du bail.

Article 1720.

Le bailleur est tenu de délivrer la chose en bon état de réparation de toute espèce. Il doit y faire, pendant toute la durée du bail, toutes les réparations qui peuvent y devenir nécessaires, autres que les locatives.

SOMMAIRE.

159. Transition. Obligation du bailleur. Il doit délivrer la chose louée.
160. Il doit aussi en délivrer les accessoires.
161. La chasse passe-t-elle comme accessoire au fermier? Discussion à cet égard et résolution négative.
162. Mais le fermier a le droit de se plaindre devant les tribunaux répressifs du dommage que lui cause la chasse exercée par un tiers non autorisé.
163. La pêche n'est pas non plus un accessoire nécessaire de la chose affermée.
164. Le bailleur doit aussi délivrer la chose en bon état.
165. Mais le locataire peut consentir à prendre la chose dans l'état où elle est.
166. Quand est-il censé la prendre dans l'état où elle est?
167. La tradition se fait aux frais du locateur. Où doit-elle s'opérer? *Quid* en louage de meubles?
168. Du temps de la délivrance.
169. Action du preneur pour obtenir la délivrance. Action *ex conducto*.
170. Caractère de cette action.
171. Suite.
172. Effet du jugement rendu sur l'action *conducti*.
173. Des dommages et intérêts à réclamer par le conducteur.
174. Du cas où la chose n'est pas dans l'état où elle était lors du contrat.
175. Le locateur doit entretenir la chose en bon état. Pourquoi il n'est pas chargé des réparations locatives.
176. L'obligation d'entretenir la chose en état s'applique aux meubles comme aux immeubles.
177. Mais le conducteur ne peut exiger du locateur des dépenses voluptuaires.
178. Qu'entend-on par réparations locatives? Des réparations aux digues, bords des canaux, déversoirs.
179. Des frais de curage des fossés.
180. Travaux qui sont plutôt de culture que d'entretien.
181. De certaines réparations locatives dans les baux de navires, moulins sur bateaux, etc.
182. *Quid* des moulins immeubles? Le locataire n'est pas tenu des réparations locatives quand il y a eu force majeure ou vétusté.
183. Action *ex conducto* du locataire pour obtenir du propriétaire les réparations.
184. Le bailleur doit assurer au preneur la jouissance paisible de la chose. Renvoi.
185. Du trouble apporté à la jouissance du preneur par le bailleur lui-même.
1° En donnant accès dans la maison à des établissements contraires à la morale ou troublant la tranquillité des locataires.
186. 2° En grevant l'immeuble de servitudes.

---

(1) Arrêt de rejet (Req.), 3 avril 1839. S., 39, 1, 398.

Lorsque dans un cahier de charges il est stipulé que les acquéreurs auraient à respecter les baux qui pourraient exister des biens à vendre, et qu'ils pourraient agir contre le locataire ainsi et de la manière que les vendeurs seraient tenus de le faire, sans aucun recours de ce chef, les acquéreurs sont obligés de maintenir même un acte sous seing privé. 29 mars 1837, C. de Brux., Jur. de Belg., 1838, 2, 189. (*Edit. belge.*)

(2) *Supr.*, n° 18.

COMMENTAIRE.

159. Le contrat de louage impose au bailleur des obligations qui sont de la nature de ce contrat, tellement qu'il n'est pas nécessaire de les stipuler expressément pour qu'il en soit tenu. Nous allons voir le tableau de ces obligations se dérouler, soit dans l'exposé de notre article, soit dans le commentaire des articles suivants.

La première obligation du bailleur, c'est de délivrer au locataire la chose louée (1).

Pothier (2) et les rédacteurs du Code civil ont dit que cette obligation est de la nature du louage. Ce n'est pas assez dire; elle est de l'essence du louage des choses. Car, puisqu'il est de l'essence de cette convention, qu'il y ait, comme le dit Pothier lui-même (3), une certaine jouissance ou un certain usage d'une chose, il faut bien que le propriétaire effectue entre les mains du preneur cette délivrance sans laquelle le droit de jouir serait impossible.

160. La chose doit être délivrée avec tous ses accessoires actuels (4). Une maison est-elle louée, le propriétaire doit remettre au locataire toutes les dépendances non exclues du bail, le bûcher, le hallier, les greniers, la cour, le vestibule, les clefs des portes intérieures et extérieures (5).

S'agit-il d'un bail à ferme, le propriétaire doit délivrer la métairie avec les pailles, engrais, fourrages, tonnes, vases vinaires, etc., que l'usage des lieux donne au preneur pour l'exploitation (6). Mais le fermier n'aura pas le droit de jouir du logis destiné pour le maître, des bâtiments voluptuaires, des parcs et jardins réservés à l'habitation principale, des bois de haute futaie, etc., etc. (7). Tous ces objets de plaisance sont étrangers au but qui appelle le fermier dans la ferme (8).

Si c'est un moulin ou une usine, il faut que le locataire soit mis en possession du cours d'eau qui est son moteur, des machines attachées à l'établissement, des agrès (9), mais non pas des approvisionnements dont l'usine est nantie et qui ont été achetés pour entretenir son roulement sans interruption. Car ces objets ne sont pas immeubles par destination et accessoires nécessaires de l'usine, comme les machines et les agrès. Ils ne sont compris dans l'étendue du bail qu'autant qu'il y en a une clause expresse (10).

S'agit-il d'un bail d'une chose mobilière (qu'il me soit permis d'en parler, quoique la rubrique de notre section nous renferme dans les baux de maisons et de biens ruraux) (11); le locateur vous loue-t-il un cheval, il devra vous le livrer tout harnaché et avec son équipage (12).

Il faut remarquer toutefois que cette obligation accessoire qui s'attache à celle de délivrer, n'est pas de l'essence du louage comme celle-ci; elle n'est que de sa nature, et il peut y être dérogé par convention. *Hæc omnia sic sunt accipienda*, dit Ulpien (13), *nisi si quid aliud specialiter actum sit.*

161. Parmi les accessoires des domaines ruraux donnés à bail, les fermiers ont eu quelquefois la prétention de faire comprendre le droit de chasse. Mais l'opinion commune des auteurs, et les arrêts des cours (14) les ont condamnés avec raison.

MM. Duranton (15) et Duvergier (16) ont cependant pris en main leur défense, et ce dernier auteur se prévaut d'une consultation délibérée par Me Philippe Dupin et insérée au *Journal des Conseillers municipaux* (17). Je crois que ces efforts doivent rester infructueux.

Il ne s'agit pas ici de faire revivre des préjugés aristocratiques qui considéraient la chasse comme un droit honorifique exclusivement réservé à la classe privilégiée (18). Ce n'est pas à ce titre que je la place en dehors du bail. Je ne dirai pas non plus, avec les canonistes, que la chasse est un divertissement odieux, et qu'il faut autant que possible en défendre l'exercice à ceux qui ont besoin de faire un bon emploi de leur travail (19). Ces idées, si contraires, d'honneur et de

(1) Lorsque, sur la demande en payement du prix de location, le fermier défendeur se plaint de n'avoir pas joui, par la faute du bailleur, d'une partie du bien loué par lui, et pose des faits pour justifier cette obligation, le juge ne peut, avant de l'admettre à preuve, le condamner au payement du fermage demandé.

On ne pourrait inférer d'une lettre écrite par le fermier, et dans laquelle il se borne à demander du temps, qu'il aurait voulu renoncer à ses droits de ce chef.

Un fermier peut réclamer directement contre son bailleur la réparation des atteintes qu'ont portées à sa jouissance des adjudicataires d'arbres croissants sur la propriété affermée et pour avoir négligé de les déterrer et de les enlever. 27 mai 1835, C. de Brux., Jur. de Belg., 1836, 2, 442. (*Edit. belge.*)

(2) Nos 53 et 54, *Louage*.

(3) Id., no 22.

(4) *Infr.*, nos 188 et suiv.

(5) Pothier, no 54.

(6) Id., ibid.

(7) Ulpien, l. 19, § 2, D. *Locat. cond.*

(8) Pothier, no 279. M. Duvergier, t. 1, no 355.

(9) Ulpien, *loc. cit.* M. Proudhon. *Usufruit*, t. 3, no 1135.

(10) M. Proudhon, no 1143. *Supr.*, 83.

(11) Nouvelle preuve du mauvais classement dont l'amendement de M. Regnaud a été cause (*supr.*, nos 102-103).

(12) V. du reste mon Comm. de la *Vente* sur les accessoires de la chose, nos 323 et suiv.

(13) L. 19, § 2. *Locat. cond.*, 1135.

(14) M. Favard, vo *Chasse*, no 15. Toullier, t. 4, no 19, Zachariæ, t. 3, p. 7, § 366, note 2. Paris, 19 mars 1812 (S., 12, 2, 323, Dall., *Chasse*, p. 429 et 431; in-8o, t. 4, p. 26). Angers, 14 août 1826 (S., 27, 2, 4. D., 27, 2, 6). Cassation, 12 juin 1828 (S., 28, 1, 351, D., 28, 1, 282. Palais, t. 82, p. 343).

(15) *De la Propriété*, no 286.

(16) T. 1, no 73.

(17) 2e année, p. 1.

(18) V. Brillon, vo *Chasse*, nos 1 et 6.

(19) Venatores, disait *de Perusio*, legibus et canonibus *sunt odiosi*... decretum dicit nullum venatorem legibus fore sanatum...

mépris ont fait leur temps. Personne n'y attache plus d'importance. Nous n'examinerons donc que les principes du droit, et, pour nous affranchir des préventions que M. Duvergier redoute sur cette question, sautons par-dessus l'époque féodale, et remontons aux Romains, pour qui la chasse ne fut ni un plaisir pervers ni un attribut honorifique.

La chasse n'est pas un fruit du fonds, nous dit le jurisconsulte Julien. *Venationem, fructus fundi negavit esse* (1). Elle n'est un fruit qu'autant que le fonds est destiné à la chasse et que la chasse en est le revenu principal. *Nisi fructus fundi ex venatione constet* (2). Que si le propriétaire ne retire pas de la chasse un produit annuel régulier, s'il ne chasse que quand il lui convient, la chasse n'est plus un fruit. C'est un plaisir mis en réserve par lui; c'est un simple droit voluptuaire qui n'a rien d'utile. Cette idée est exposée très-nettement par Duaren, dans son commentaire sur cette loi.

« Computari venatio in fructu, si prædii fructus ex « venatione constet, id est, si solitum est ex prædio « *quotannis* aliquid lucri confici. Et si paterfamilias « non habebat venationis rationem in fructibus suis, « sed cùm illi placuisset, ut ferè fit, tunc venabatur, « in fructu esse non dicetur. Quia... *voluptatis potiùs* « *quàm lucri causâ videbitur venari* (3). »

Et comme l'usufruitier profite de l'agrément comme le propriétaire lui-même (4), il jouit de la chasse dans tous les cas prévus ci-dessus (5). Soit qu'elle produise un revenu utile, soit qu'elle ne soit qu'un plaisir, elle lui appartient.

Cette différence entre le cas où la chasse est mise en produit et celui où elle ne s'exerce qu'au gré du propriétaire, a échappé à M. Duvergier et aux avocats distingués qui ont délibéré avec lui la consultation, dont il rappelle un fragment. Ces jurisconsultes croient avoir fait faire un grand pas à la question en prouvant « que la chasse, étant de nature à être affermée, « n'est plus un plaisir seulement, mais un produit « utile de la propriété. » Je leur ferai remarquer que l'observation n'est pas nouvelle; elle date de quelques siècles avant le régime féodal, et je ne sache pas que de nos jours personne se soit entremis pour soutenir que la chasse n'est qu'un pur objet d'agrément. Nous accordons que la chasse peut dans certains cas donner à l'immeuble un produit qu'il n'aurait pas sans elle. Par exemple, s'il consiste en une garenne peuplée de lapins, ou en friches stériles, mais tellement abondantes en gibier, qu'on en retire un produit périodique et annuel. « *Si is ager*, dit Cujas, *sit saltuosus* « *vel montuosus et prœruptus; si ager sit cunicula-* « *rius* (6). » Nous accordons qu'un bail de ces natures d'immeubles qui ne rendent rien autre chose que du gibier, donnerait au fermier le droit d'en tirer par le moyen de la chasse l'unique émolument qu'il a voulu s'assurer. Mais nous soutenons que le bail d'une ferme, ou de tout autre héritage productif, dont la chasse n'est pas mise en revenu ordinaire, ne confère pas le droit de chasse au fermier. Nous disons, avec les lois romaines et avec les commentateurs, que dans ce cas la chasse n'est pas un fruit; que c'est une réserve voluptuaire dont le propriétaire n'est pas censé avoir voulu faire cession au fermier.

Et en effet, qu'est-ce donc que le droit de jouir, conféré au preneur par le bail à ferme? C'est le droit de percevoir les fruits, c'est le droit de profiter de tous les produits utiles de la chose. Nous disons *utiles!!* M. Duvergier ne nous contredira pas : car lui-même en convient, et l'expression se trouve sous sa plume (7). Or, la chasse n'est ni un fruit ni un produit utile. A quel titre se trouverait-elle donc comprise dans le bail?

Sans doute le fermier profite accessoirement de certaines faveurs, par exemple, de loger dans les bâtiments, d'user des aisances de la propriété, de parcourir le fonds librement, etc. Mais la raison en est évidente. C'est que ce sont là des concessions fondées sur la force des choses, ce sont des corollaires de son obligation d'exploiter la chose en bon père de famille, de la conserver en bon état, de la surveiller. Il faut bien que le propriétaire lui laisse l'usage des moyens nécessaires pour parvenir à ce résultat. Mais la chasse reste en dehors de ces avantages. Elle ne se rattache pas aux choses dont le fermier a nécessairement besoin pour procurer la fin du bail; elle est une agréable distraction, un honnête passe-temps d'oisif; elle ne donne aucun secours pour la mise en valeur et l'exploitation du sol confié aux mains industrieuses du cultivateur.

Si l'on objecte cependant qu'il faut bien que le fermier, dans un intérêt de conservation pour les récoltes, détruise les animaux nuisibles, je répondrai que personne ne conteste au fermier cette faculté, écrite en toutes lettres dans la loi du 28-30 avril 1790 (art. 15). Mais entre la chasse proprement dite, et la conservation des récoltes par la diminution du gibier trop abondant qui les menace, la différence est immense, et je m'étonne d'autant plus, qu'un aussi bon esprit que M. Duvergier n'en ait pas été frappé, que M. Duranton, dont il n'a fait que développer en grande partie les arguments, la reconnaît de bonne grâce et sans hésiter (8). L'art. 1er, en effet, défend la chasse *dans un certain temps de l'année*; au contraire, l'art. 15 autorise *en tout temps* la destruction des animaux dévastateurs, ou du gibier dommageable par sa trop grande abondance. Pourquoi cela? C'est que la chasse est bien autre chose que ce droit passager et conditionnel, accordé par l'art. 15 au fermier; c'est que la chasse s'exerce soit qu'il y ait beaucoup de gibier, soit qu'il y en ait peu; c'est qu'elle a lieu particulièrement aux époques de l'année où la terre est dépouillée de ses produits!! c'est qu'au contraire cette faculté, conférée par l'art. 15, ne peut légitimer son exercice que sous la réserve de justifier qu'il y avait des récoltes à préserver et des essaims dommageables d'animaux qui les menaçaient.

Voyez d'ailleurs l'économie de la loi de 1790, que M. Duvergier, et avant lui, M. Duranton, ont considérée comme si favorable à leur thèse. Je partagerais leur avis, si cette loi désignait explicitement ou implicitement le fermier, parmi les personnes à qui le droit de chasse est de plein droit dévolu. Mais il n'en est rien, et l'on va voir qu'il se trouve plutôt exclu formellement, qu'appelé à en profiter par une attribution virtuelle!

En effet, quand le législateur, renversant d'anti-

Venatio deviat ab omni bono opere... Esaü venator erat quia peccator erat (*De syndicatu*, au Tract. tract., t. 7, p. 228, nos 40, 41, 42).

(1) L. 26, D. *De usuris.*

(2) Même loi.

(3) Liv. 4, cap. 1, n° 8, p. 218.

(4) Duaren, *loc. cit.*

(5) L. 9, § 5, D. *De usufr.*, art. 597, C. C. M. Proudhon, t. 3, n° 1209, l. 62, D. *De usufr.*, M. Duranton, *De la propriété*, t. 4, n° 285.

(6) Sur la loi 26, D. *De usuris*, *Recit. solemn.* sur le liv. 6 de Julien, *Ex minicio natali.*

(7) T. 1, p. 67, n° 73.

(8) T. 4, n° 286.

ques privilèges, a voulu rétablir la propriété foncière dans un droit que la féodalité lui avait ravi, il a commencé par déclarer, dans l'art. 3 du décret du 11 août 1789 : « que *tout propriétaire* aurait le droit de détruire et faire détruire, *seulement sur ses possessions*, toute espèce de gibier, etc. » Ici le propriétaire est seul mentionné; mais, malgré tout ce qu'on pourrait tirer de ce texte contre les prétentions des fermiers, je ne m'en prévaux pas : je comprends qu'au moment où le législateur abolissait un privilége odieux, il se soit borné à réintégrer celui qui avait été principalement dépouillé.

Puis est venue la loi de 1790, qui a organisé et limité le droit de chasse. Ici le législateur emprunte un langage plus précis et mieux calculé. Toutes ses expressions vont porter coup. Eh bien! dans son article 1er, qui règle les époques où la chasse est permise, se sert-il de quelques mots qui permettent d'étendre aux fermiers sa disposition? Non, il ne parle que *des propriétaires* et *possesseurs*, et *de* LEURS *terres non closes!!!* Certes, MM. Duranton et Duvergier conviendront avec moi que le fermier n'est pas plus possesseur que propriétaire, et que les terres cultivées par ses mains, ne sont pas SES terres!!

Mêmes expressions dans les art. 13 et 14, qui autorisent la chasse en tout temps dans les propriétés closes, les lacs et étangs, les bois et les forêts (1).

Ce n'est que dans l'art. 15, qui est relatif aux moyens de diminuer la trop grande abondance du gibier dans l'intérêt des récoltes, que, pour la première fois, le législateur accole les fermiers aux propriétaires et possesseurs, et (remarquons-le attentivement) il se sert alors d'une particule augmentative qui prouve mieux encore que, dans les articles précédents, le fermier était loin de sa pensée.

« Il est pareillement libre, en tout temps, aux « propriétaires ou possesseurs, et *même aux fermiers*, etc., etc.!!! »

Assurément ce rapprochement est on ne peut plus significatif. A mon avis, il suffirait pour trancher la question.

M. Duvergier voit cependant encore une raison de douter dans l'art. 1er de notre loi qui condamne celui qui aura chassé, sans permission, sur *le terrain d'autrui* à une amende envers le *propriétaire* DES FRUITS. Ce n'est pas, dit-il, envers le propriétaire *du fonds*, c'est envers le *propriétaire des fruits*, c'est-à-dire envers le fermier. Or que résulte-t-il de là? C'est que le propriétaire lui-même, qui, en chassant, aura commis un dommage au préjudice de ce dernier, pourra être poursuivi par lui!! C'est que dès lors la chasse est interdite au propriétaire!! C'est que *si le propriétaire n'a pas le droit de chasse*, ce droit ne peut appartenir qu'au fermier, qui seul n'est pas responsable du dommage, puisque les fruits qui l'éprouvent sont sa chose!!

Cette argumentation ne me semble pas bien difficile à réfuter.

D'abord, j'ai peine à comprendre comment cet article de la loi de 1790, qui punit *celui qui aura chassé sur le terrain* D'AUTRUI, *en tout temps*, SANS SON CONSENTEMENT, serait applicable *au propriétaire chassant sur son propre terrain*, et en temps non prohibé. Évidemment, c'est par oubli que M. Duvergier oppose cet article au propriétaire. Le propriétaire qui, usant de son droit de chasse, occasionnerait un dégât aux récoltes de son fermier, serait sans doute obligé à le dédommager; mais de bonne foi, ce ne serait pas par l'action tirée de l'art. 1er de la loi de 1790.

Du reste, je sais bien que le propriétaire commet un délit lorsqu'il chasse sur son propre terrain en temps prohibé. C'est encore l'art. 1er qui le décide ainsi; mais, dans ce cas, il n'accorde aucune indemnité pénale au propriétaire *des fruits*. C'eût été mettre le propriétaire aux prises avec son fermier et allumer le feu de la discorde dans des relations civiles qui doivent rester amies. Le propriétaire, chassant hors des temps de permission légale, n'est condamné qu'à l'amende de 20 fr. envers la commune. Preuve bien évidente que la loi répressive ne s'inquiète du fermier que lorsque le délit de chasse procède du fait d'un étranger non autorisé, mais jamais lorsqu'il procède du propriétaire.

Mais il y a un aperçu qui fait encore mieux ressortir les vices de la thèse que je combats.

Supposons que le propriétaire chasse sur les jachères de la ferme en temps non prohibé! Supposons qu'il ne conduise ses meutes et ses piqueurs que sur les terres dépouillées!!! Je le demande : le fermier trouvera-t-il, soit dans la loi de 1790, soit ailleurs, un texte qui l'autorise à dire, avec M. Duvergier, que *le propriétaire n'a pas le droit de chasse?* Car enfin, ici ne se présente pas l'argument tiré du dommage, puisqu'il n'y a pas dégât!!!

Le grand vice de tous ces raisonnements dont le germe a été fourni à M. Duvergier par M. Duranton, c'est de supposer que la chasse ne peut s'exercer qu'aux dépens du fermier, qu'elle est une cause incessante de dévastations pour les récoltes; que le fermier étant appelé par la loi à profiter des réparations civiles auxquelles les délits donnent lieu, ce n'est jamais à lui à les supporter; que dès lors il peut chasser impunément, et que la chasse est placée dans ses attributs, comme le plus intéressé à en faire un usage non abusif et prudent. Mais ces idées me paraissent fausses, inadmissibles.

Si la chasse était un droit nuisible, la loi ne l'autoriserait dans aucun cas.

Si elle la permet sous certaines conditions, c'est qu'elle a vu en elle une conséquence du droit de propriété tout à fait conciliable avec la conservation des fruits de la terre, si nécessaire aux populations. Elle n'ouvre en effet la chasse qu'à des époques déterminées, alors que le sol est dépouillé de ses récoltes et qu'il n'y a plus de péril pour les moissons (2). A ce moment, le fermier n'a rien à redouter de la présence du propriétaire qui se livre sur ses domaines au plaisir de la chasse; et d'ailleurs le propriétaire n'est-il pas le premier intéressé à ce que son héritage soit préservé de ravages imprudents?

Vous êtes frappés de ce que la loi accorde au fermier une indemnité contre les tiers qui, en chassant, ont dévasté les produits de son travail! Mais qu'y a-t-il à conclure de là contre le propriétaire? Que conclure surtout de ce droit à une indemnité, au droit privatif de chasse à l'exclusion du bailleur? De ce qu'un étranger n'a pas droit de chasser sur la ferme, s'ensuit-il que le fermier soit seul appelé à profiter de cet avantage, malgré le propriétaire?

Maintenant, veut-on que nous allions plus loin et que nous fassions une large concession? Nous accorderons (car nous ne voulons pas pousser la controverse sur un point inutile à la discussion actuelle), nous accorderons que le propriétaire ne pourra pas s'autoriser de la loi de 1790 pour faire punir le fermier,

(1) *Propriétaires : Possesseur... Ses lacs et étangs... ses possessions... Ses bois et forêts.*

(2) V. l'arrêt de la cour de cassation, du 9 janvier 1838 (D., 38, 1, 369).

qui, anticipant sur son droit de propriété, aura chassé au préjudice de ses plaisirs! Nous accorderons que le fermier trouvera l'impunité dans l'art. 1er de cette loi, qui lui attribue une partie de l'amende, et nous laisserons nos adversaires conclure avec confiance que, puisque c'est à lui que l'indemnité est accordée, il *serait absurde* (1) de la lui faire payer. A nos yeux la question est ailleurs. Si la loi pénale, dont nous sommes peu curieux, échappe : si le fermier n'est passible d'aucune peine correctionnelle, restera toujours à savoir si le propriétaire n'aura pas contre lui l'action *locati* pour le contraindre à se renfermer dans les limites du contrat, pour le forcer à s'abstenir d'un droit que le bail ne lui a pas virtuellement transféré. Sous ce point de vue, il n'y a pas à hésiter. Comment le fermier, cessionnaire d'un droit aux fruits et aux émoluments utiles du fonds, pourrait-il revendiquer sans convention une chose qui n'est ni un fruit ni un produit utile?

On le voit! ! la loi de 1790 n'a rien proclamé qui puisse faire considérer le fermier comme investi de plein droit de la faculté de chasser; bien plus, elle semble, dans son art. 15, révéler à son égard une pensée d'exclusion. Enfin, l'ensemble de ses dispositions place le propriétaire sur le premier plan, et si elle fait intervenir le fermier, ce n'est que sous le rapport des indemnités pour raison des fruits endommagés, jamais pour lui attribuer l'exercice de la chasse, et pour intervertir la position que son contrat lui assigne à l'égard du bailleur.

Après cela, on sera certainement convaincu qu'il y a beaucoup à retrancher de cette proposition de Me P. Dupin, savoir, que *le droit de chasse est attribué à la possession et à la jouissance foncière!!!* A la possession, je ne le conteste pas; mais à la jouissance, c'est tenir un langage trop absolu. La jouissance précaire, la jouissance à titre d'usager (2), etc., ne sauraient se prévaloir sans une cession claire, évidente, d'un droit inhérent à la propriété ou à la possession. Que l'usufruitier jouisse de la chasse sans convention, c'est son droit; car il cumule dans sa jouissance tous les avantages utiles ou voluptuaires de la propriété. Que l'emphytéote et le superficiaire profitent de la même faveur, c'est ce qui découle naturellement de leur quasi-domaine; mais n'argumentons pas de ces jouissances si restrictives du domaine de propriété, à la jouissance du fermier, qui ne possède même pas à l'égard du maître. Ce serait fausser des rapports civils bien définis et tomber dans la confusion.

162. Mais de cette conclusion qui, je le pense, demeurera inébranlable dans la jurisprudence, il ne faudrait pas tirer la conséquence que le fermier n'a pas le droit de se plaindre devant les tribunaux correctionnels des délits de chasse que des tiers viendraient commettre sur les terres cultivées par ses soins. Ce droit a été reconnu par un arrêt de la cour de cassation, du 9 avril 1836 (3), arrêt tout à fait juridique, et qui a très-bien aperçu que le fermier, troublé dans la jouissance des fruits par un tiers non autorisé, est partie intéressée à se plaindre dans le sens de l'art. 8 de la loi de 1790, qui ouvre la plainte non-seulement au propriétaire, mais encore *aux autres parties intéressées* (4). La jurisprudence ne s'était pas rendue du premier coup à cette idée (4); mais je la crois fixée maintenant par l'arrêt du 9 avril 1836. On sentira aisément qu'autre chose est chasser, autre chose est empêcher qu'un tiers ne chasse, et que le droit de chasse peut être refusé au fermier sans qu'on puisse rien en induire contre ce droit qu'il a de défendre ses récoltes et de poursuivre ceux qui lui portent tort (6).

163. Les raisons qui nous ont servi à résoudre la question de savoir si la chasse est un accessoire de la chose louée, s'appliquent à la pêche. Si la propriété affermée comprend des étangs dont la pêche est un revenu, le fermier a, sans aucun doute, le droit de les pêcher. C'est là un fruit dont le bail a voulu lui assurer la jouissance; mais si le fermier voulait pêcher, à l'exclusion du propriétaire, dans les cours d'eau qui traversent la propriété, et dont la pêche n'est pas une branche de revenu, je pense, d'après la distinction du jurisconsulte Julien (7), qu'il n'y serait pas fondé.

M. Duvergier (8) objecte cependant, dans l'intérêt du fermier, que le dommage que lui occasionne le voisinage des eaux, et les soins qu'il est obligé de se donner pour le curage des ruisseaux coulant sur la propriété, doivent être du moins compensés par les petits bénéfices de la pêche. Je réponds à mon tour que les petits dégâts dont les récoltes peuvent être menacées par la proximité des cours d'eau, sont ordinairement calculés d'avance dans la fixation du canon; que d'ailleurs ces dégâts d'une année peuvent se compenser par les petits bénéfices que la culture retire dans d'autres années de l'irrigation. Si des inondations imprévues surviennent, si elles submergent les terres, et enlèvent la moitié des récoltes, le fermier demandera et obtiendra une diminution de canon (9), et la perte sera pour le maître; s'il faut faire des dépenses de curage, qui sortent de la classe des réparations d'entretien et des frais de culture, ces travaux, ordonnés par l'administration pour la salubrité publique et la police des eaux, ce ne sera pas le fermier qui les supportera. De tels travaux sont réputés extraordinaires, et, à moins de clauses expresses, ils ne sont pas à la charge du fermier.

On voit donc, qu'en équité, les raisons peuvent se balancer, et qu'il vaut mieux s'en tenir aux principes.

Du reste, la question est beaucoup moins importante que celle de la chasse, et elle n'est pas de nature à se présenter souvent. Le droit de pêche est moins jaloux, moins exclusif que le droit de chasse. Il s'exerce avec moins d'ardeur et de passion, et comporte plus de tolérance. On verra donc rarement le propriétaire et le fermier se disputer les médiocres profits de la pêche, et la bonne intelligence se maintiendra presque toujours entre eux par de mutuelles concessions.

164. Il ne suffit pas que le propriétaire délivre matériellement la chose; il faut encore qu'il la délivre en bon état de réparations de toute espèce (art. 1720), de manière qu'elle puisse servir à l'usage pour lequel elle est louée. En effet, l'art. 1719, no 2, exigeant que le propriétaire entretienne la chose en état de faire ce service, c'est dire assez qu'elle doit se trouver telle quand il entre en possession.

Ainsi, le propriétaire qui loue un moulin doit met-

(1) M. Duranton, *Propriété*, no 285.
(2) Art. 14 de la loi de 1790.
(3) D., 36, 1, 334.
(4) Arrêt semblable, Angers, 20 janv. 1838 (D., 38, 2, 143).
(5) Arrêt d'Angers, du 14 août 1826 (D., 27, 2, 7).

(6) *Junge* M. Toullier, t. 4, no 21. Bruxelles, 6 novembre 1822 (Dalloz, 1o *Chasse*, p. 440; in-8o, t. 4, p. 36).
(7) *Supr.*, no 161.
(8) T. 5, no 75.
(9) Art. 1769 et suiv.

tre les meules en état de marcher, le canal et les écluses en état de fonctionner.

Le propriétaire d'une maison doit faire tous les travaux nécessaires pour qu'elle soit habitable, de manière que les fenêtres et les portes ferment bien, que l'eau n'entre pas dans les appartements, que les cheminées ne fument pas, etc., etc.

165. Mais il faut observer que cette obligation est encore une de celles auxquelles il est permis de déroger. Le locataire pourra donc consentir à prendre les lieux dans l'état où ils se trouvent, sauf à lui à y faire les ouvrages convenables.

166. Il est censé prendre les lieux tels qu'ils sont, lorsqu'il y entre sans avoir préalablement exigé que le propriétaire fit disparaître les traces de vétusté, ou les dégradations dont la chose était atteinte.

Mais il ne serait pas censé avoir renoncé à exiger du propriétaire l'exécution de l'art. 1720, par cela seul que, lorsqu'il a visité les lieux pour conclure le marché, ils étaient en mauvais état(1) : car, avant de louer, il fallait bien qu'il vît les lieux, et s'il a terminé, sans exiger expressément que le propriétaire mît les lieux en état, c'est que cette clause était inutile, attendu que la loi fait peser de plein droit cette obligation sur le propriétaire ; c'était à celui-ci à stipuler qu'il serait dérogé, en ce qui le concerne, à l'art. 1720 (2). C'est ce qu'on peut inférer de ce que dit Ulpien, dans la loi 19, § 2, au D. *Loc. conducti*. Après avoir donné le détail de certains accessoires de la chose louée, par exemple, des meules, pressoirs, vases vinaires, il ajoute : « Dolia utique colono esse « præstanda et prælum, et trapetum *instructa funibus*; si minùs, dominum ea instruere debere; *sed* « *et prælum vitiatum, dominum reficere debere*. »

167. La tradition se fait aux frais du locateur (3). Elle s'opère au lieu où elle était au temps du contrat (4) ; quelquefois néanmoins les usages modifient cette règle. Les loueurs de fiacre sont obligés de conduire leur voiture devant la maison de celui qui les emploie ; les loueurs de meubles sont astreints à les faire arriver, à leurs frais, dans les mains de celui avec qui ils ont traité (5). Tel est l'usage général ; mais on voit que cette modification n'a lieu que pour le louage des meubles ; matière étrangère à notre section.

168. Le temps de la délivrance est réglé par la convention ou par l'usage des lieux ; il faut que le locateur s'y conforme avec exactitude.

Si le contrat ne porte pas de terme, le locateur doit la délivrance aussitôt qu'il a été requis de le faire (6)

Faute par lui de remplir son obligation, le locataire peut demander la résiliation du bail avec des dommages et intérêts s'il y a lieu (7).

169. Il peut aussi préférer poursuivre sa mise en possession. Il a alors une action appelée, en droit romain, *actio conducti*, *actio ex conducto*, pour forcer le locateur ou ses héritiers à lui délivrer la chose *manu militari* (8).

170. Cette action était jadis purement mobilière, alors même qu'il s'agissait du bail d'un héritage. La raison en était que, dans l'ancien droit, l'action du conducteur ne tendait pas à avoir l'héritage ou même un droit dans l'héritage, mais à en percevoir les fruits, lesquels devenaient quelque chose de mobilier par la perception qu'il en faisait (9) ; et quant au locataire d'une maison, lequel ne perçoit pas de fruits, on ne le considérait que comme créancier d'un fait, et pas de la maison ; il n'était créancier que du *quanti interest in eâ domo habitare*, ce qui plaçait également son droit dans la classe des droits mobiliers (10).

Je crois qu'en ce qui concerne les baux de maisons et de biens ruraux, il n'en est plus de même aujourd'hui, par les raisons que j'ai exposées aux nos 14 et suiv. Je sais que cette assertion choquera beaucoup d'idées reçues, parce qu'elle est entièrement nouvelle. Mais ce qui m'étonne, c'est qu'elle ne soit pas plus vieille. Au surplus, je prie le lecteur de peser mes raisons avec maturité. J'ai la conviction qu'il n'y trouvera pas une précipitation légère. J'ajoute (toujours contre le sentiment dominant) que l'action *ex conducto* me paraît devoir être rangée parmi les actions mixtes (11), depuis que le bail a été revêtu, par le Code, de la puissance de produire le *jus in re*.

---

(1) La clause par laquelle le preneur déclare avoir vu et visité les objets pris à bail et s'en contenter, ne dispense pas le bailleur de leur délivrer la chose en bon état de réparation. (9 mai 1812, C. de Liége; Arrêts not., t. 4, 1re p., p. 302).

Le locataire ne peut arrêter l'exécution d'un commandement signifié par le bailleur pour loyers échus, en lui opposant l'exception du défaut de réparations, lorsqu'il n'a fait anciennement aucunes réclamations à cet égard, et que la dénégation du bailleur rend sa prétention illiquide. (16 avril 1834, C. de Brux. ; Jur. de Belg., 1834, 2, 374). (*Édit. belge.*)

(2) Duranton, du *Louage*, no 61.

(3) Art. 1608 C. C., et mon Comment. de la *Vente*, no 288. *Junge* Pothier, no 55.

(4) Art. 1609, et mon Comm., no 291.

(5) Pothier, no 57.

(6) Mon Comm. de la *Vente*, no 295. Pothier, no 58.

(7) Art. 1610 et 1741 C. C. Mon Comm. de la *Vente*, no 293. Arrêt de la cour de cassation, du 7 novembre 1827 (D., 28, 1, 15). Pothier, *Louage*, no 72.

(8) Pothier, no 68. *Infr.*, no 501.

(9) Pothier, no 59.

(10) Pothier, *Des choses*, § 2.

(11) Mon Comm. de la *Vente*, no 262, donne les raisons explicatives de cette proposition. L'on trouvera les plus frappantes analogies entre la *vente* et le *louage* sur ce point comme sur beaucoup d'autres.

Et puisque je renvoie aux doctrines que j'ai exposées dans l'ouvrage cité, je ne dois pas laisser ignorer que M. Duvergier (t. 1. no 258) s'élève contre la qualification d'*action mixte*, qu'avec la cour de cassation, j'ai donnée à l'action en délivrance de l'acheteur. Mais cet auteur n'essaye pas même de donner les raisons qui seraient de nature à me convaincre d'erreur. Or, qu'est-ce qu'une opinion qui ne cherche pas à se faire valoir par la démonstration, qui élève des dissentiments sans engager la lutte ? M. Duvergier se borne à prétendre que c'est sans fondement que j'ai dit que M. Carré n'avait pu voir un caractère purement personnel dans l'action en délivrance dirigée contre le vendeur, *que parce qu'il avait oublié qu'aujourd'hui la propriété est transmise par la force du contrat*. « M. Carré, dit M. Duvergier, *ne* dit rien qui « doive le faire accuser d'avoir oublié ou méconnu le principe de « la transmission de la propriété par la vente ; il ne refuse pas à « l'acheteur devenu propriétaire les moyens de faire valoir son « droit contre les tiers par l'exercice d'une action réelle ; il dit « seulement que de l'acheteur au vendeur l'action est personnelle, « et en cela il paraît avoir parfaitement raison. »

Mais comment M. Duvergier n'a-t-il pas vu l'évidence de mon reproche contre M. Carré, dans cette phrase de l'auteur qu'il défend : « Il nous suffira *d'invoquer la doctrine de Pothier*, sui- « vant laquelle toute action personnelle naît d'un droit à la chose « (*jus ad rem*) conféré par un contrat. »

C'est donc parce que, pour M. Carré comme pour Pothier, la vente ne donne que le *jus ad rem*, que ce contrat ne doit engendrer de l'acheteur au vendeur qu'une action personnelle !!! Or, quoi de plus faux sous le C. C., qui fait transférer la propriété par

171. Ce qui le prouve avec évidence, c'est que, contrairement à l'ancien droit, le fermier et le locataire peuvent intenter leur action contre le tiers détenteur de la chose, tandis que, d'après les principes de la jurisprudence antérieure au Code civil, son action était limitée contre la personne du locateur ou celle de ses héritiers. Nous verrons la preuve de cette vérité dans notre commentaire de l'article 1743. Du reste, elle a déjà apparu à nos yeux par les dispositions des art. 1428, 1429 et 529 du Code civil, qui autorisent le fermier et le locataire à poursuivre la délivrance de la chose contre la femme et contre le nu-propriétaire, quoiqu'ils ne tiennent leurs baux que du mari seul ou de l'usufruitier. Avant le Code, où l'action *ex conducto* était personnelle, on avait bien senti que le fermier et le locataire ne pouvaient exiger la délivrance de la chose du nu-propriétaire avec qui ils n'avaient pas contracté. Aussi n'avaient-ils pas d'action contre lui; mais aujourd'hui leur action est spécialement consacrée par la loi!!! Pourquoi cela, si ce n'est parce que le bail affecte la chose, qu'il la suit en quelques mains qu'elle passe, qu'en un mot il est droit réel, et qu'à ce titre il milite contre tous détenteurs quelconques!! Au reste, ces idées recevront de plus amples développements dans le commentaire de l'art. 1743.

172. Le jugement rendu sur l'action *ex conducto* équivaut à la délivrance, et en cas de résistance à cet ordre de justice, le locateur peut être contraint *manu militari* (1).

173. Quant aux dommages et intérêts que le locataire et le fermier peuvent obtenir, on peut consulter mon Commentaire de l'art. 1611, au titre de la *Vente* (2).

174. L'action *ex conducto* n'a pas lieu seulement lorsque le locataire ne fait aucune délivrance de la chose; elle a aussi un fondement légitime lorsque la chose que le locateur lui délivre ne se trouve pas entière ou ne se trouve pas dans le même état que lors du contrat (3).

Dans ce cas, le preneur peut, suivant les circonstances, demander une diminution de prix ou la résiliation du bail (4).

Et si c'est par le fait du locataire que l'empêchement est arrivé, le preneur sera fondé à demander des dommages et intérêts.

Mais si l'impossibilité de faire une délivrance complète provient de la force majeure, le preneur ne pourra exiger que la résiliation ou la diminution du prix, mais non pas des dommages et intérêts (5)!

175. Lorsque la délivrance est faite et que le preneur est en possession, le locateur a une nouvelle obligation que la nature du contrat fait peser sur lui: c'est d'entretenir la chose en état de servir à l'usage pour lequel elle a été louée, et d'y faire pendant la durée du bail toutes les réparations qui peuvent être nécessaires, autres que les locatives (6).

Nous verrons par l'art. 1754 quelles sont les réparations réputées locatives dans les baux de maisons. Celles-là sont à la charge du locataire; elles ne portent que sur des objets de menu entretien. Mais si l'état des lieux exige qu'il en soit fait de plus considérables pour que la chose serve à sa destination, le propriétaire ne peut s'y refuser. Cette règle est juste. Le propriétaire reçoit les fruits civils de la chose, il faut qu'il en supporte les charges. Et comme, par compensation du payement de ces fruits, il a promis au preneur de le faire jouir, il est de toute nécessité qu'il maintienne la chose en état de faire son service et de procurer au conducteur cette jouissance pleine et entière, qui est le but du contrat. Or, il est clair qu'il y manquerait s'il laissait la chose se dégrader et devenir incommode par son état de détérioration. Que si le propriétaire a été exempté des réparations purement locatives, ce n'est que parce qu'elles sont censées avoir lieu par la faute du preneur ou de sa famille (7).

176. Cette obligation d'entretenir la chose en bon état s'applique au louage des meubles comme des immeubles (8). J'en fais l'observation pour protester contre les paroles trop restreintes de la rubrique de notre section (9).

177. Au reste, un locataire ne serait pas écouté s'il prétendait que le propriétaire doit lui procurer toutes les commodités et les agréments dont on cherche à jouir dans la vie confortable de notre époque. Il n'est ici question que de l'entretien de la chose dans l'état où elle était au moment de l'entrée du locataire, et non d'additions voluptuaires, ou même utiles. Les art. 1719 et 1720 ne s'occupent que des réparations nécessaires afin que la chose remplisse sa destination.

178. L'art. 1754, dont nous parlions au n° 175, a donné le détail des réparations locatives dans les baux de maisons (10). Mais aucune disposition du Code n'a défini ce que l'on doit entendre par ces expressions dans les baux de biens ruraux, de moulins, de cours d'eau, etc., etc. L'interprétation doit suppléer à ce silence.

Suivant une distinction fort ancienne dans le droit, il y a deux genres de réparations: les grosses réparations et les réparations d'entretien (art. 605 C. C.). Celles-ci se subdivisent en deux espèces, les réparations de gros entretien et les réparations de menu entretien, appelées réparations locatives (11). Les répara-

---

la seule puissance du contrat? Quelle méprise plus grande, que *d'invoquer la doctrine de Pothier* sous le Code, qui en a embrassé une toute différente!!!

Je suis donc étonné du reproche que M. Duvergier m'adresse d'avoir mal compris M. Carré. J'ai saisi au contraire sa véritable pensée, et j'ai montré au grand jour une erreur qu'il était utile de combattre.

Après cela je sais bien que M. Carré donne à l'acheteur une action contre les tiers détenteurs; mais ce n'est qu'une preuve de plus de l'inconséquence de cet auteur, à aller prendre dans Pothier des définitions usées et condamnées par le Code civil.

(1) Mon Comm. de la *Vente*, n° 293. Pothier applique ces principes au louage, n° 66.

(2) Nos 296 et suiv. — Le propriétaire qui se trouve de bonne foi dans l'impossibilité de procurer l'exécution d'un bail passé en son nom, ne doit de dommages intérêts, qu'autant que le fermier justifie qu'il a éprouvé des pertes ou qu'il a été privé d'un gain par l'inexécution du bail. (23 mars 1808, C. de Brux., Décis. not., t. 14, p. 189. (*Édit. belge.*)

(3) Pothier, *Louage*, n° 74.

(4) Arg. de l'art. 1722.

(5) Pothier, n° 74.

(6) Art. 1719 et 1720. Gaïus, l. 25, § 2, D. *Loc. conduct.* Il donne comme cause de résiliation du bail si le propriétaire ne réparait pas les portes et fenêtres très-endommagées.

(7) Pothier, n° 107. *Infr.*, n° 585.

(8) Id., n° 6.

(9) *Supr.*, n° 103.

(10) V. les détails que j'ajoute aux exemples du Code, nos 551 et suiv.

(11) *Traité des réparations*, par Piales, t. 1, p. 40. chap. 3. *Lois des bâtiments*, par Desgodets, part. 2, p. 6. M. Proudhon, *Usufruit*, t. 3, n° 1615. Rapport de M. Tripier, dans Dalloz, 33, p. 142, et dans Sirey, 33, 1, 238.

tions de gros entretien sont à la charge du propriétaire ; notre texte est en effet positif à cet égard, puisqu'après avoir déclaré que le propriétaire doit *entretenir* la chose en état de servir à l'usage pour lequel elle a été louée, il n'excepte de cette obligation que les réparations de menu entretien, c'est-à-dire les réparations locatives. La règle est donc que le poids des réparations principales tombe sur le propriétaire. Nous en avons dit la raison au n° 175 ; le locataire n'est soumis qu'à des réparations de peu d'importance et de valeur, occasionnées par sa faute présumée (1).

On a demandé devant la cour royale de Nancy, si les réparations à faire au canal d'une usine afin de boucher les trous ou entonnoirs que la nature du terrain causait dans le lit du cours d'eau, sont des réparations à la charge du propriétaire ou bien à la charge du preneur. Par arrêt du 8 août 1831, la cour royale a décidé, d'après un ensemble de circonstances tirées de la nature des dégradations, des clauses du bail, de l'usage et de l'intention des parties, que le preneur devait en rester chargé. Le pourvoi contre cet arrêt a été rejeté par la chambre des requêtes le 24 novembre 1832 (2). On le voit, cette décision est plus de fait que de droit : elle laisse la question *sub judice* (3) ; il est vrai que les circonstances, ainsi que l'usage des lieux attesté par les cours, exerceront toujours sur la solution une influence que l'art. 1754 consacre comme très-respectable ; mais en thèse générale, je crois qu'il ne faut pas se montrer trop dur envers le fermier et que toute réparation forte ou onéreuse doit être reportée du côté de la propriété. On mettra sans doute avec justice au compte du fermier quelques petits travaux nécessaires pour maintenir les bords d'un canal et pour préserver la digue d'un étang, quand ces petits travaux rentreront dans les devoirs de surveillance qui sont imposés d'une manière plus spéciale à un fermier à longues années ; mais s'il s'agit d'un ouvrage considérable, si le canal du moulin, les digues, les déversoirs sont endommagés par de graves détériorations, telles que brèches, éboulements, ruptures, etc. ; s'il faut enlever les atterrissements ou amas de sable et de vase qui se forment au-dessus ou au-dessous des moulins (4), on fausserait l'art. 1719 en condamnant le fermier à supporter un tel entretien. Ce serait intervertir les rôles et les obligations (5).

179. M. Duvergier décide sans distinction que le curage des fossés est une charge du preneur (6). Je crois, cependant, que cette proposition est trop absolue.

Lorsque les fossés sont pratiqués sur le domaine pour le clore et le défendre, ou pour faciliter l'écoulement des eaux pluviales, le curage fait partie des travaux de culture et de conservation des récoltes ; c'est l'ouvrage du fermier, surtout si ce curement a coutume de se renouveler dans un temps qui n'excède pas celui de la durée du bail (7). Mais il arrive souvent, dans les pays de palus et de marécages, que des fossés sont pratiqués en forme de saignées, à l'effet de donner cours à des eaux malsaines, et d'assainir la contrée. Les fossés qui servent de conduite à ces eaux croupissantes se remplissent promptement de limon, et le curage est alors une opération bien plutôt commandée par un intérêt de salubrité que par un besoin de la culture. Je pense que, dans ce dernier cas, le fermier serait fondé à reporter sur le propriétaire la dépense du curage. C'est ainsi, du reste, que cela se pratique dans les localités où la présence des marais a forcé les populations à se garantir par des travaux d'art, de la funeste influence des eaux stagnantes (8).

180. Le fermier doit encore placer au nombre des travaux qui dérivent de son obligation de cultiver et de récolter les fruits, ceux qui ont pour objet l'entretien des haies vives, des échalas, des pressoirs, des vaisseaux vinaires, de l'aire des granges, de l'échenillage, etc. (9).

On suivra, au reste, la recommandation de Pothier, qui renvoie aux usages locaux pour les cas divers qui pourront se présenter (10). C'est aussi ce que fait l'art. 1754 pour les baux de maisons.

181. Lorsque le bail porte sur des objets mobiliers, tels qu'un moulin ou un établissement de bains sur bateaux, un navire, etc., le locataire s'affranchirait difficilement de l'obligation de veiller au calfatage partiel, qu'on peut comparer au recrépissement du bas des murailles d'un édifice, jusqu'à la hauteur d'un mètre (11) ; il devrait aussi prendre à sa charge les enduits de goudron sur les planchers et sur le pont, parce que cela tient lieu des réparations locatives des pavés et des carreaux des chambres (12).

182. Desgodets, Goupy et Lepage (13) se sont livrés à des détails pratiques sur les réparations locatives des moulins. Il y a, à cet égard, des usages spéciaux, dérivant de certaines circonstances particulières et surtout des obligations, plus étroites, imposées au fermier, à raison de la longueur habituelle des baux de moulin. Ainsi, on a coutume de mettre dans la classe des réparations locatives celles qu'il faut faire aux palées, aux vannes, aux tournants et travaillants (14) ; aux câbles, vérins, pinces de fer ; aux corbeilles à engrener, et autres objets mobiliers servant à l'exploitation du moulin ; et cela, quand même le fermier pourrait objecter que la dégradation provient de l'usage naturel de la chose.

Je dois remarquer, toutefois, que ces usages ne sont pas généraux, au moins en ce qui concerne l'obligation du fermier de réparer les suites de l'usure arrivée pendant sa jouissance. Il a été rendu, par la cour royale de Nancy, un arrêt dont je n'ai pu me rappeler la date, mais qui décide qu'un meunier n'est pas responsable de l'usure de la meule de pierre dont il n'avait fait que se servir suivant la destination de la chose (15).

(1) *Supr.*, n° 175, et *infr.*, n° 585.

(2) Sirey, 33, 1, 238. D., 33, 1, 142.

(3) M. Duvergier croit cependant cet arrêt décisif, t. 2, n° 105.

(4) V. Desgodets, Goupy et Lepage (*Lois des bâtiments*, part. 2, p. 161 et suiv.).

(5) Je dois même ajouter que Desgodets et Goupy vont jusqu'à décider qu'en général *les réparations des digues* et le *fauchage des herbes* qui croissent dans l'eau et en ralentissent la vitesse, sont des dépenses du propriétaire.

(6) T. 1, n° 104.

(7) Pothier, *Louage*, n° 224. V. *infr.*, n° 669, je reviens là-dessus.

(8) *Junge* Arg. de l'art. 1756.

(9) M. Ruelle, *Manuel des propriétaires*, n° 516. M. Vaudoré, *Droit rural*, t. 2, nos 553, 554, 558, 88. M. Duvergier, t. 2, n° 105. Voyez *infr.*, au n° 669, de nouveaux détails.

(10) N° 225.

(11) Art. 1754.

(12) Même article. *Junge* M. Proudhon, *Usufruit*, t. 3, n° 1728.

(13) *Lois des bâtiments*, part. 2, p. 161 et suiv.

(14) *Junge* Bourges, 21 avril 1819 (Dall., *Louage*, p. 934; in-8°, t. 19, p. 45).

(15) Arg. de l'exemple cité, et des autorités rappelées dans mon Comm. de la *Vente*, n° 738.

S'il s'agit de moulins à eau, le fermier est, d'après les auteurs cités, responsable de tous les dommages arrivés aux bateaux qui supportent les moulins. La rigueur est telle, qu'on ne regarde pas comme force majeure, les pertes occasionnées, lors des grandes eaux ou des glaces, par la rupture des câbles, les frottements ou le choc des autres bateaux, etc., etc. Ce sont des accidents annuels, contre lesquels le fermier a pu se prémunir, en prenant certaines précautions, ou en se faisant donner par son propriétaire des pieux de garde. On considère le bris par les glaces du même point de vue que l'incendie. On suppose la faute tant que le fermier ne prouve pas qu'il en est exempt (1).

Dans les moulins à vent, le locataire est tenu de réparer le dommage causé par le vent, s'il était prouvé qu'il a négligé de tourner le moulin pour éviter l'accident.

Je le répète, ces règles ont été empruntées par les auteurs que j'ai cités aux usages suivis dans le ressort de l'ancienne coutume de Paris ; c'est *tradition d'usage*, disait Desgodets (2); ils sont dignes de considération, car ils sont attestés par des hommes expérimentés qui les ont constatés dans leur longue pratique ; ils sont même devenus de style dans les baux de moulins, passés dans les localités dont je parle.

Mais il faut les prendre avec précaution, lorsqu'il s'agit de baux passés ailleurs, et dans tous les cas où ils font peser sur le fermier des présomptions ou des conventions tacites qui sont en dehors des principes généraux. On n'oubliera pas, qu'à moins de clauses bien formelles ou d'usages bien certains, l'art. 1755, écho des principes généraux, affranchit le locataire de toutes réparations locatives, dans le cas de vétusté (3) et de force majeure (4).

183. Lorsque le propriétaire ne satisfait pas à son obligation de réparer la chose, le preneur a contre lui une action, branche de l'action *ex conducto*. Si le locateur assigné ne convient pas des dégradations, le juge ordonne la visite des lieux, et si elles sont constatées, il condamne le propriétaire à les faire dans un certain délai, passé lequel le preneur les fera faire à ses frais et en retiendra le montant sur les loyers par lui dus ; ou s'il n'en doit pas, il sera remboursé de ses avances par le locateur (5).

Si les dégradations étaient tellement considérables qu'elles empêchassent l'exploitation ou l'habitation, le preneur, qui n'aurait pas le moyen d'avancer les frais de réparation, serait fondé à demander la résiliation contre le propriétaire, si celui-ci ne se mettait pas en mesure de remplir ses obligations (6).

184. Ce n'est pas assez pour le propriétaire de délivrer la chose et d'en procurer au preneur une jouissance matérielle conforme à la destination du contrat; il faut encore que pendant toute la durée du bail il lui en assure la jouissance paisible.

Le trouble peut provenir de quatre causes :

1° De la force majeure. Nous nous en occuperons en commentant l'art. 1722.

2° Des vices ou défauts cachés de la chose; ce cas est spécialement prévu par l'art. 1721;

3° De prétentions élevées par des tiers sur la chose. Ce sera l'objet du commentaire des articles 1725, 1726, 1727.

4° Enfin du fait du locateur lui-même, qui manque à la loi du contrat en inquiétant le preneur dans sa libre jouissance. Les art. 1723 (7) et 1724 touchent quelques points qui se rattachent à cette quatrième cause. Occupons-nous ici de ceux auxquels ils restent étrangers.

185. Le locateur peut troubler la jouissance du preneur en donnant accès dans la maison dont celui-ci occupe une partie à des établissements qui sont contraires à la morale, ou à la santé, ou à la tranquillité de sa famille.

Si, par exemple, j'occupe dans la maison de François un appartement situé au premier, et que ce dernier loue un autre corps de logis à une maison de jeux, même autorisée par la police, il est certain que le voisinage sera tellement incommode et dangereux, que je pourrai demander la résiliation et des dommages et intérêts. C'est ce qu'a jugé la cour royale de Paris, par un arrêt du 11 mars 1826, auquel tous les amis des bonnes mœurs doivent applaudir (8).

Il en serait de même si la location était faite à une maison de prostitution ; si, contre l'usage des précédents locateurs, le propriétaire ouvrait ses appartements à des réunions tumultueuses, telles que bals publics, cafés; s'il y créait une auberge ou bien un bureau ou une station de voitures publiques; s'il y établissait des ateliers insalubres.

186. Ce serait encore un trouble apporté par le propriétaire à la jouissance du preneur, s'il grevait l'immeuble de servitudes de vues, d'égout, de passage qui n'existaient pas avant le bail et qui seraient une cause incessante d'incommodités (9); s'il obstruait des fenêtres qui donnaient au locataire de l'air, du jour ou de la vue (10). C'est troubler la possession du preneur que de la rendre moins commode (11).

187. Le locateur n'y porterait pas une moindre atteinte si, ayant donné à ferme un domaine rural, il y envoyait paître ses bestiaux; si, ayant loué une vigne, un verger, il se permettait d'en cueillir, sinon la totalité des fruits, au moins une partie, sans la permission du preneur.

188. Et comme l'obligation de délivrer la chose emporte avec elle celle de la délivrer avec ses accessoires, il s'ensuit qu'il y aurait manquement à la loi du contrat dans le fait du propriétaire qui entreprendrait de priver le locataire de l'usage de ces accessoires (12).

---

(1) Voyez nos 363, 364, et nos 222 et 342.

(2) Part. 2, p. 1.

(3) *Infr.*, n° 588.

(4) Bien entendu cependant qu'il n'y a force majeure que quand il n'y a pas de la faute du preneur. *Infr.*, nos 222, 342, 363, 364, 561.

Le locataire peut se refuser au payement des loyers échus et arrêter une saisie-gagerie pratiquée à sa charge de ce chef par le locateur, en lui opposant l'exception du défaut de réparations, surtout lorsque les loyers sont exigibles par anticipation; et le juge doit aussi l'admettre à la preuve par lui offerte de ce défaut de réparations, avant de pouvoir statuer sur la demande en validité de la saisie. Le locateur peut être considéré comme ayant été suffisamment informé qu'il y avait des réparations à faire, et comme ayant été mis en demeure à cet égard par l'assignation en référé à lui donnée par le locataire sur le commandement à fin de saisie gagerie, et fondée sur le défaut de réparations. (16 nov. 1831, C. de Bruxelles ; Jur. XIXe siècle, 1832, 3, 40.) *En sens* contraire : 24 mai 1832, C. de Liége, J. de Belg., 1834, 2, 374. (*Édit. belge.*)

(5) Pothier, n° 108.

(6) Id.

(7) *Infr.*, n° 241.

(8) Dall., 26, 2, 213. Sirey, 26, 2, 286.

(9) Pothier, n° 76.

(10) Domat, l. 1, t. 4, sect. 3, n° 6. M. Duvergier, t. 1, n° 309. *Infr.*, n° 243.

(11) Pothier, n° 76.

(12) *Supr.*, n° 160.

Ainsi, dans les maisons où il y a des cours, le locataire a le droit d'y déposer son bois à brûler et de l'y faire scier et fendre avant de l'emmagasiner dans son bûcher ; le propriétaire doit souffrir cet usage naturel de la chose ; il ne peut se plaindre, sous prétexte qu'il en éprouve quelque gêne. Il n'a qu'à ne pas louer s'il prétend conserver, dans sa maison, une entière liberté.

Le locataire a aussi l'usage de la porte cochère (1). Il peut même entrer en voiture dans le vestibule, et le faire ouvrir aux personnes qui viennent le visiter en voiture. C'est ce qui a été décidé, avec grande raison, par arrêt de la cour de Paris, du 4 mars 1828 (2).

189. Une question intéressante a été jugée par la cour royale de l'île Bourbon. Jacquemain et Burdet étaient adjudicataires de la ferme du droit sur les boissons. Plus tard, l'État trouve utile de supprimer les employés chargés de constater la fraude. Les fermiers demandent alors la résiliation du bail pour trouble occasionné par le fait personnel du locateur ; mais la cour royale pensa qu'il n'avait pas été porté atteinte au contrat par cette suppression, et la cour de cassation rejeta le pourvoi par arrêt du 16 décembre 1828 (3), par la raison que la cour n'avait fait que se livrer à une appréciation de conventions et d'actes.

Les faits de cette cause, singulièrement écourtés dans les recueils d'arrêts, ne me sont pas assez connus pour que je puisse émettre mon opinion sur le bien jugé de l'arrêt de Bourbon, lequel s'explique peut-être par des circonstances que j'ignore. Toutefois, il me semble qu'en équité et à part tout point de fait spécial, les preneurs avaient dû compter pour l'exploitation de leur bail, sur le concours des employés de la régie ; que ces fonctionnaires, chargés de réprimer la fraude, étaient les auxiliaires naturels des fermiers, et que tous les profits du bail s'évanouissaient dès l'instant que la fraude restait sans répression ; cet événement amené par le fait du gouvernement, qui était en même temps locateur, ne pouvait rester sans influence sur la position des parties.

190. L'alluvion qui se forme pendant la durée du bail, étant un accessoire de la chose, doit être également laissée au preneur pour qu'il en profite. Pothier avait une opinion différente et combattait Carrocius, au sentiment duquel nous nous rangeons. Le fermier, disait Pothier (4), n'a le droit de jouir que de ce qui lui a été loué ; or l'alluvion n'a pas pu se trouver comprise dans le bail, puisqu'elle n'existait pas encore. Il est vrai que, dans le contrat de vente, l'augmentation appartient à l'acheteur ; mais c'est parce que, depuis le contrat, la chose est à ses risques. Mais dans le contrat de louage, la chose est aux risques du propriétaire.

Cette argumentation de Pothier ne me paraît pas concluante. Ce n'est pas par la question de péril que la difficulté doit se résoudre ; c'est par les principes sur le droit d'accession, qui identifient l'alluvion avec la chose, et ne permettent pas de l'en séparer. La preuve que la question de perte est étrangère à notre point de droit, c'est que dans la matière des hypothèques, le droit du créancier s'étend à l'alluvion (art. 2133), quoique, cependant, le débiteur soit tenu de donner un supplément d'hypothèque lorsque la chose hypothéquée a péri en tout ou même en partie (art. 2131). Le point de vue du péril de la chose n'a donc aucune influence sur l'extension du droit du créancier, et cette extension se justifie uniquement par les règles du droit d'accession. Pourquoi en serait-il autrement dans le contrat de louage ? Pourquoi serait-il permis de détacher l'accessoire du principal ?

Je pense donc, avec M. Duranton (5), que le propriétaire ne peut empêcher le fermier d'étendre sa jouissance jusqu'à l'alluvion. Mais je ne voudrais pas ajouter à ce droit une condition que quelques auteurs ont voulu y mettre (6). C'est que le prix de ferme serait augmenté dans une proportion équivalente au bénéfice donné par l'alluvion. Nous verrons plus bas que les événements heureux qui augmentent les profits du fermier contre toute espérance, ne sont pas une cause d'augmentation du prix de bail (7). Pourquoi donc M. Duvergier, qui est aussi de cet avis, veut-il que le cas d'alluvion soit pour le fermier l'occasion d'une surtaxe ?

191. Revenons à la garantie que doit le bailleur pour ses faits personnels. Nous avons expliqué dans quels cas et dans quelle mesure la nature du contrat oblige le bailleur à la fournir. Mais les conventions des parties peuvent limiter et modifier cette obligation. Rien n'empêcherait qu'il ne se réservât le droit d'introduire dans la maison des professions incommodes, d'ajouter à l'immeuble certaines servitudes gênantes, de cueillir, pour sa consommation, des fruits de la vigne ou du verger donné à bail (8) ; de restreindre la jouissance du preneur à certains accessoires, et de lui interdire l'usage de certains autres. Il serait même en droit de stipuler dans le contrat qu'il pourra faire cesser le bail en occupant lui-même les lieux, en vendant la ferme (1743), en démolissant la maison pour en reconstruire une autre, etc.

La validité de ces stipulations a porté un auteur moderne (9) à se demander si le louage ne différerait pas de la vente en ce point, qu'il autorise le bailleur à se soustraire à la garantie de ses faits personnels, tandis que la vente ne comporte pas une telle convention (art. 1628).

Mais le doute de cet auteur tient, à mon avis, à une confusion d'idées. La règle de l'art. 1628, telle que nous l'avons interprétée ailleurs (10), s'applique au contrat de louage comme au contrat de vente. Elle tient à la nécessité de maintenir la bonne foi dans les conventions, à l'obligation de l'une des parties de ne pas inquiéter l'autre par des actes injustes et contraires à ses promesses.

Les clauses dont nous avons reconnu tout à l'heure la légalité ne sont pas une objection contre cette solution ; il est vrai que toutes se réunissent pour autoriser de la part du bailleur des faits personnels postérieurs au contrat ; il est vrai encore que nous avons dit dans notre commentaire de l'article 1629, que cet article prohibe principalement la convention par laquelle l'acheteur ferait remise au vendeur de ses faits postérieurs à la vente. Mais la raison indique qu'il ne s'agit, dans l'art. 1629, que des faits postérieurs qui seraient en contradiction avec les obligations scellées par le contrat, et non pas de ceux qui auraient taxativement et spécifiquement reçu, dès l'origine, l'approbation

(1) Bourges, 24 avril 1828. D., 29, 2, 139.
(2) D., 28, 2, 96.
(3) Dall., 29, 1, 65.
(4) No 278.
(5) Du *Louage*, no 81. Ses raisons ne sont pas tout à fait les mêmes.
(6) M. Chardon, *De l'alluvion*, no 157. M. Duvergier, t. 1, no 356.
(7) *Infr.*, nos 239 et 240.
(8) Pothier, no 75.
(9) M. Duvergier, t. 1, no 312.
(10) Mon Comm. de la *Vente*, no 477.

des parties, et feraient corps avec la convention. Ainsi, par exemple, on reconnaît que le vendeur peut faire résoudre la vente en exerçant le pacte du rachat, quoique ce soit là un fait postérieur à la vente; mais ce fait est sauvé parce qu'il procède d'une condition viscérale de la stipulation. On reconnaît encore que le vendeur a droit de se réserver sur la chose vendue une servitude, une charge, quoique l'exercice de la servitude et l'usage de la charge ne se réalisent que par des faits postérieurs au contrat. Pourquoi? Parce que ce sont là des restrictions conventionnelles qui ont enlevé tout d'abord à la chose vendue quelques parties de son intégrité; ce sont des réserves qui font qu'on n'a pas vendu la chose entière, mais bien une certaine chose dépouillée de tels et tels attributs. L'acheteur n'a donc pas à se plaindre; car il n'éprouve pas de trouble. Le vendeur, en jouissant de ses réserves, ne va pas contre ses promesses; il ne donne pas ouverture à garantie; il ne fait que délivrer la chose telle qu'il l'a promise.

Eh bien! il en est de même dans les conventions du bail, que nous avons énumérées il n'y a qu'un instant. Si le bailleur se réserve de rentrer dans la ferme louée pour l'occuper lui-même, ou même de renverser la maison pour la reconstruire, c'est une clause résolutoire imprimée *ab initio* au contrat, et licite comme toutes les clauses résolutoires dans lesquelles il n'y a rien de contraire aux bonnes mœurs. Si le bailleur se réserve la jouissance de certains fruits, l'addition de certaines servitudes gênantes, l'introduction dans les lieux loués de professions bruyantes et incommodes, c'est que la jouissance que le preneur a entendu se procurer, n'était pas une jouissance pleine et parfaite; c'est que la chose qui a fait l'objet du contrat était limitée pour lui par des restrictions qu'il a connues et acceptées. Dans tous ces différents cas, le preneur n'est pas troublé, le bailleur lui délivre ce qu'il lui a promis, rien de plus.

Mais si le conducteur voulait, par des faits postérieurs au contrat, défaire ce à quoi il s'était engagé, c'est alors que l'art. 1629 viendrait se présenter avec toute la force que lui donne la bonne foi; c'est alors que la stipulation par laquelle le bailleur se serait affranchi d'avance et d'une manière générale de la responsabilité de ses faits, serait attaquée comme impuissante; c'est alors que le preneur serait fondé à lui demander une garantie aussi nécessaire dans le contrat de louage que dans le contrat de vente; c'est alors enfin qu'il ferait effacer des faits tendant à détruire la convention ou à en empêcher l'accomplissement!

Ainsi, supposons que le bail d'une maison soit passé avec la clause que le locateur n'entend fournir aucune garantie, pas même celle de ses faits et promesses en général. Je pense qu'une telle stipulation ne l'autorisera pas à expulser le locataire avant les termes fixés par le contrat, sous prétexte qu'il veut occuper la maison ou en changer la forme. L'obligation de faire jouir le preneur, obligation si nette, si formelle, l'emportera sur la stipulation de non-garantie, stipulation vague, indéfinie et qui laisse dans l'incertitude les faits et promesses dont le bailleur voulait se réserver la liberté. C'était à lui, bailleur, à les détailler d'avance avec précision. Quant au preneur, il n'est pas censé avoir voulu se mettre à la merci du bailleur et subir tous les caprices de sa volonté.

Vainement le locateur observera-t-il que le fait qu'il veut imposer au preneur n'a rien que de licite. Il n'importe; n'étant pas expressément réservé par la convention, il ne saurait être protégé par une clause dont la généralité tue l'efficacité. Pense-t-on que le vendeur qui aurait stipulé une clause semblable, serait fondé à s'en prévaloir pour venir ensuite exercer sur l'immeuble vendu des actes de servitude, des faits de passage, etc.? Non sans doute; il aurait beau dire que de tels faits n'ont en soi rien que la loi défende; qu'il aurait pu s'en réserver l'exercice par une clause expresse! on lui répondra, avec l'art. 1628, que cette clause expresse n'existe pas, et qu'elle ne peut être remplacée par la clause générale et équivoque de non-garantie de faits personnels tenus secrets et imprévus. Or, la même réponse sera adressée au bailleur avec une égale force et un égal succès. Ce n'est pas avec des réserves trompeuses par leur étendue, avec des stipulations mystérieuses qui ne disent rien à force de dire trop, qu'on s'affranchit des obligations commandées par la nature des contrats et par la bonne foi!

Article 1721.

Il est dû garantie au preneur pour tous les vices ou défauts de la chose louée qui en empêchent l'usage, quand même le bailleur ne les aurait pas connus lors du bail.

S'il résulte de ces vices ou défauts quelque perte pour le preneur, le bailleur est tenu de l'indemniser.

SOMMAIRE.

192. De la garantie provenant des vices ou défauts de la chose louée.
193. Le bailleur doit garantie, soit qu'il ait connu ou non le vice de la chose.
194. Mais il ne doit des dommages et intérêts que lorsqu'il a connu le vice.
195. L'art. 1721 s'applique aux meubles comme aux immeubles.
196. Pour que le preneur ait action en garantie, il faut qu'il éprouve plus qu'une simple incommodité, il faut qu'il ne puisse se servir de la chose. Exemples.
197. Autre exemple tiré de l'apparition des spectres.
198. La garantie cesse quand le preneur a connu les vices de la chose, ou lorsqu'il y a clause de non-garantie.
199. Le bailleur est tenu des vices qui surviennent pendant la durée du bail.
200. Mais, dans ce cas, il n'est presque jamais tenu de dommages et intérêts.
201. Cas où cependant on peut en exiger de lui

COMMENTAIRE.

192. Nous avons vu aux numéros précédents que le locateur, semblable en cela au vendeur, doit garantir le preneur du trouble provenant de ses faits personnels. Ici nous allons continuer à marcher dans les voies du contrat de vente; l'art. 1721 va attirer notre attention sur les vices ou défauts cachés qui font le sujet des art. 1641 et suiv. du Code civil.

193. La disposition de l'art. 1721 se compose de deux parties. Dans la première, la loi veut que lorsque le propriétaire livre une chose atteinte d'un défaut ou d'un vice qui en empêche l'usage, il doive garantie au preneur; garantie qui a lieu soit qu'il ait connu ou non le vice de la chose (1). Cette obligation donne ouverture à l'action *ex conducto*, qui a pour but d'obtenir la résiliation du bail et la décharge du prix (2). C'est une espèce d'action rédhibitoire.

194. Dans la seconde partie, l'art. 1721 exige que le locateur indemnise le preneur, si les vices ou défauts lui ont occasionné quelque perte. Mais ces dommages et intérêts sont-ils dus dans tous les cas, c'est-à-dire soit que le locateur ait connu le défaut de la chose, soit qu'il ne l'ait pas connu?

Au premier coup d'œil, l'affirmative semble incontestable, et pour la colorer, il suffit de lier le second § de l'art. 1721 avec le premier.

Mais défions-nous de cet aperçu : il est trompeur.

Nous avons parlé plusieurs fois de l'affinité des principes de la vente avec les principes du louage. Eh bien! dans le contrat de vente, le vendeur n'est tenu des dommages et intérêts que quand il a connu le vice rédhibitoire (3); il n'y est pas sujet, lorsque le défaut n'était pas à sa connaissance. Pourquoi en serait-il autrement dans le contrat de louage? Le second § de l'art. 1721 ne porte rien de contraire, tandis que les lois romaines, dont l'autorité est si grave, font expressément, pour le louage, la même distinction que pour la vente.

Écoutons Ulpien : « Si quis dolia vitiosa *ignarus* « locaverit, deinde vinum effluxerit, tenebitur in id « quod interest, nec *ignorantia ejus erit excusata*; et « ita Cassius scripsit. Aliter atque si saltum pascuum « locasti, in quo herba mala nascebatur; hic enim si « pecora vel demortua sunt, vel etiam deteriora facta, « quod interest præstabitur, *si scisti; si ignorasti*, « *pensionem non petes* : et ita Servio, Labeoni, Sabino placuit (4). »

Arrêtons-nous à cet exemple d'un propriétaire qui loue des prairies dans lesquelles il y a des herbes vénéneuses. Que dit Ulpien? Il veut que l'on distingue, ainsi que nous proposons de le faire. Si ce propriétaire a su que ses herbages étaient dangereux pour les troupeaux, et si ceux du preneur ont péri ou se sont amaigris, il devra des dommages et intérêts. Mais s'il l'a ignoré, il en sera quitte pour ne pas exiger le prix du bail.

A la vérité, la première partie de la loi, celle qui concerne le loueur de tonneaux, semble contredire cette solution. Mais ce n'est là qu'une vaine apparence. Si Ulpien veut qu'il supporte des dommages et intérêts, sans distinction de sa bonne ou de sa mauvaise foi, c'est qu'il s'agit d'un homme du métier, qui, par état, doit connaître la qualité de ce qu'il loue, et qui est coupable de faute quand il l'ignore (5). On voit que ce cas rentre tout à fait dans les principes généraux que j'ai exposés dans mon Commentaire de *la Vente* (6).

Toutefois, la cour de cassation (chambre civile) a décidé, par un arrêt du 30 mai 1837, que les articles 1645 et 1646 ne sont pas applicables au contrat de louage, et que l'art. 1721 contient des dispositions différentes et spéciales à ce contrat : elle a en conséquence rejeté le pourvoi contre un arrêt de la cour royale de Paris, qui avait condamné à des dommages et intérêts le bailleur d'un moulin situé dans le voisinage d'eaux insalubres et dangereux à habiter, et cela, quoiqu'il ne fût pas établi que le bailleur eût connaissance du vice de la chose.

Mais, à mon avis, cet arrêt de rejet ne saurait tirer à conséquence. Après avoir statué en point de doctrine en commençant, il semble se repentir d'avoir été si loin, et il déclare que de pareilles questions rentrent dans l'appréciation souveraine des juges du fait; de telle sorte qu'une cour royale qui prendrait pour règle de conduite la distinction de l'ancienne jurisprudence, verrait aussi son arrêt confirmé par un rejet; *è sempre bene*. Les tribunaux qui voudront faire du droit et de la saine doctrine, adopteront l'interprétation que nous proposons; car elle est seule juridique.

195. Puisque l'art. 1721 est placé sous la rubrique du louage des maisons et biens ruraux, il est inutile de dire qu'il concerne surtout les immeubles; mais dans la pratique, il a une application non moins fréquente pour les locations d'objets mobiliers. Nous trouvons donc ici une nouvelle preuve du défaut de classement que nous avons reproché si souvent à notre section et qui n'existait pas dans le projet primitif du Code, au moins sous certains rapports (7).

196. Les vices ou défauts dont il est question dans l'art. 1721, ne sont pas ceux qui rendent la chose incommode, mais ceux qui en empêchent l'usage (8). Pothier (9) l'avait dit avant le Code. Le Code a trouvé l'observation si juste, qu'il en a fait son profit.

Mais ceci ne veut pas dire que le preneur ne sera fondé à demander garantie qu'autant que la perte éprouvée par lui sera totale et absolue. Ce n'est pas par l'étendue du dommage qu'on juge de l'impropriété de la chose à satisfaire à sa destination. Il est même possible que le preneur n'éprouve du vice de la chose qu'une simple contrariété, qu'un désappointement trop faible pour motiver des dommages et intérêts. Mais il lui suffit que l'objet loué ne remplisse pas son but par suite de quelque vice inhérent, pour qu'il fasse résoudre le bail et se dispense de payer le prix.

Par exemple, voulant, dans un jour d'oisiveté, faire une promenade à cheval dans le bois de Boulogne, je loue une monture qui se trouve affectée de défauts tellement graves, que je ne puis la gouverner et me mettre en route. Évidemment il y aura là un de ces empêchements prévus par l'article 1721; mais comme

(1) V. l'art. 1643 du C. C.

(2) Ulpien, L. 19, § 1, D. *Loc. cond.* Pothier, *Louage*, n° 116.

(3) Art. 1646. Mon Comm. de la *Vente*, n° 574.

(4) L. 19, § 1, D. *Loc. cond.*

(5) C'est l'interprétation de Voët, *Loc. cond.*, n° 10; de Domat et de Pothier, n° 119.

(6) N° 574. *Junge* M. Duranton, du *Louage*, n° 63, M. Duvergier, t. 1, n° 341. *Contrà*, M. Delvincourt, t. 3, notes, p. 191; in-8°, t. 7, p. 220.

(7) *Supr.*, n° 103.

(8) Mon Comm. de la *Vente*, n° 547.

(9) *Louage*, n° 110.

je n'attachais pas une grande importance à ma promenade, je n'aurai pas la pensée de demander des dommages et intérêts; je me bornerai à rendre au loueur son cheval sans lui payer le prix. Cette distinction entre l'empêchement d'user de la chose et le dommage occasionné par cet empêchement, résulte clairement de la combinaison du § premier de notre article avec le second.

Toute la question sera donc de savoir quelle est la gravité du vice ou du défaut allégué comme cause de garantie. Si cette gravité est telle qu'elle rende la chose impropre à son usage (art. 1721), ou qu'elle diminue tellement cet usage, que le preneur ne l'aurait pas louée (art. 1641), il y a lieu à garantie.

Ainsi, si les vases vinaires que je vous loue sont d'un bois poreux qui laisse échapper le liquide, c'est là un vice que je dois vous garantir, parce qu'il empêche l'usage de la chose.

Si les cheminées de la maison fument incessamment et avec opiniâtreté, ce sera encore là un inconvénient majeur qui n'engendre pas une simple incommodité, mais qui altère la santé en irritant la vue et les organes respiratoires, et détériore le linge, les livres, les meubles.

Que si, au contraire, l'objet loué n'a que quelques vices légers, comme si le cheval loué est un peu rétif, s'il est sujet à broncher, ce ne sera pas là une cause de garantie, parce que l'usage du cheval, quoique peu commode, peut cependant avoir lieu.

De même, le locataire d'un moulin n'aura pas droit à garantie par le seul fait que l'un des tournants n'aura pas une célérité égale aux autres (1).

197. Dans la simplicité naïve des mœurs de nos aïeux, il y avait un vice rédhibitoire qui a souvent occupé nos vieux jurisconsultes. C'était l'apparition des spectres et des fantômes dans les lieux loués. « Ayant quelqu'un loué une maison, dit Charondas (2), à peine est-il entré en icelle, qu'il oyt ordinairement grand et effroyable bruict d'esprits « revenans en ladicte maison, et lui donnent et à sa « famille des fascheries et ennuys insupportables; « mesmement les nuicts qu'aucunes visions se présentoyent à ses enfants qui les tourmentoyent. A cette « cause il requiert à l'encontre de ceux qui luy avoyent « faict le bail, qu'iceluy fust résolu et cassé, parce que « les bailleurs sçavoyent bien lors du dict bail que « telles illusions et spectres revenoyent en ladicte « maison, l'ayant ainsi entendu des précédents locataires, que pour cette cause en estoyent sortis. Le « faict estoit amplement prouvé, le droict estoit seulement en controverse. » — Là-dessus Charondas cite toute l'antiquité païenne et chrétienne, sans oublier l'anecdote du philosophe Athénodore que j'ai rappelée dans mon Commentaire de la *Vente* (3). Puis il rappelle un arrêt du parlement de Paris, du 6 mars 1576, qui, dans un cas pareil, avait ordonné que le bail tiendrait. « En quoi, disait-il, la cour usa de « grande prudence, parce qu'elle ne voulut décider « la question, pour le regard des apparitions des « spectres, *parce qu'elle appartient à la religion*. Et « néanmoins elle a jugé ce qui estoit de sa cognoissance, pour la conservation des conventions et contracts d'entre les personnes, ne trouvant, par le droict « civil françois ou romain, que la crainte des spectres « fust juste cause pour faire résoudre et casser un « bail à louage. Et ainsi j'en ai répondu et jugé. »

La jurisprudence du parlement de Paris ne fut cependant pas toujours uniforme à cet égard (4). Néanmoins elle inclinait vers le maintien des baux. Mais le parlement de Bordeaux décidait invariablement que les apparitions de fantômes étaient une cause légitime de résiliation. « La raison de cette différence, « dit Brillon, entre la jurisprudence des deux parlements, peut être de ce que *les visions ne sont pas* « *si fréquentes à Paris qu'en Guienne* (5). »

Aujourd'hui, cette source de difficultés est entièrement tarie; car toute la France est un peu faite comme le Paris d'autrefois. Les morts ne secouent plus leur linceul pour troubler le repos des vivants. Ils reviennent sans doute dans le cœur des parents tendres et des amis qui les chérissaient. Mais ces retours, loin d'être pénibles, sont un allégement à la douleur. C'est le bonheur du malheur, suivant la belle expression de madame de Sévigné.

198. Pour que le locateur soit tenu de garantir, il faut que le preneur n'ait pas eu connaissance des défauts et des vices (6). Ainsi, c'est tant pis pour vous, locataire, si, ayant besoin pour l'exercice de votre profession d'un appartement éclairé par un jour éclatant, vous prenez ma maison qui est sombre et non exposée aux rayons du soleil.

Il en est de même si vous avez su que les cheminées de ma maison fument habituellement.

Le locateur est également exempt de garantie lorsqu'il a stipulé clause de non-garantie (7).

199. Dans la vente, le vendeur n'est tenu que des vices existants lors du contrat. Il en est autrement dans le contrat de louage, le locateur est garant de ceux qui surviennent depuis (8).

La raison de cette différence vient de ce que, dans la vente, la propriété étant transférée, la chose passe aux risques et périls de l'acheteur aussitôt que le contrat est parfait, tandis que dans le contrat de louage, dont l'objet essentiel est la jouissance, le propriétaire doit faire cesser toutes les causes de trouble, antérieures et postérieures, qui empêchent cette jouissance; sans quoi le sujet de la convention viendrait à manquer (9).

Supposez, par exemple, qu'un horloger, qui a besoin d'un logement très-éclairé pour exercer son art, vous ait loué une boutique qui, lors du contrat, remplissait cette condition; mais il arrive que, depuis, le propriétaire d'un site voisin élève un bâtiment considérable qui masque le jour. Vous ne pouvez vous empêcher d'accorder à cet horloger décharge de son bail; car il éprouve, par suite du vice dont la chose est atteinte, un empêchement qui le prive de l'avantage qu'il s'était promis en contractant avec vous (10). C'est la décision de Gaïus dans la loi 25, § 2, D. *Locat. conducti*, et ce jurisconsulte ajoute que, si le locataire consent à ne pas demander la résiliation du bail, du moins il a droit à obtenir une diminution sur le loyer.

Il en sera de même si les cellules inodores d'un appartement, ayant éprouvé des changements dans

(1) Colmar, 14 novembre 1825 (D., 26, 2, 166. S., 26, 2, 182).
(2) Réponses, liv. 7, ch. 232.
(3) N° 548, note 3.
(4) Brillon, v° *Bail*, n° 12.
(5) V. encore sur ce point Despeisses, T. du louage, sect. 5, n° 4, et tous les auteurs qu'il cite. M. Duvergier, t. 1, n° 528.
(6) Pothier, 113. M. Duvergier, t. 1, n° 342.
(7) Pothier, 113.
(8) Id., n° 112.
(9) Id., ibid.
(10) Id., ibid.

leur construction ou dans la direction des conduits, viennent à répandre, pendant la durée d'un bail commencé, des exhalaisons putrides et méphitiques. Le locataire est fondé à exiger décharge de son bail.

200. Mais comme le vice arrivé depuis le contrat est de ceux que le propriétaire ignore, au moins presque toujours, il ne devra pas de dommages et intérêts (1).

201. Que devra-t-on décider cependant dans le cas suivant?

Je vous loue une maison en bon état par bail de 9 ans; mais le site sur lequel elle a été élevée était un terrain peu solide. Les murs s'ébranlent sourdement pendant la durée du bail et un corps de logis s'écroule tout à coup, en brisant tous les meubles que vous y aviez enfermés. Vous devrai-je des dommages et intérêts pour cette perte qui vous arrive?

J'embrasse l'opinion de M. Duranton, qui soutient l'affirmative (2). L'art. 1386 du Code civil, qui rend le propriétaire d'un bâtiment responsable de sa ruine, lorsqu'elle est arrivée par suite du défaut d'entretien ou par vice de construction, me paraît se présenter naturellement pour régler les rapports du locateur et du preneur.

On opposerait en vain la loi 55 au D., *Locat. conducti*; mais ce texte, dans lequel M. Duranton a cru voir une objection, n'est pas applicable à notre espèce. « Dominus horreorum, dit-il, effractis et com« pilatis horreis, non tenetur, nisi custodiam eorum « recepérit. » Dans ce passage, le jurisconsulte Paul, aux écrits duquel il est emprunté, ne s'occupe que de la question de savoir si un individu qui avait loué ses greniers pour servir de dépôt, était responsable, non pas de la chute des bâtiments, mais bien d'un vol commis avec effraction (3), et il se prononce avec raison pour la négative.

Article 1722.

Si, pendant la durée du bail, la chose louée est détruite en totalité par cas fortuit, le bail est résilié de plein droit;

Si elle n'est détruite qu'en partie, le preneur peut, suivant les circonstances, demander ou une diminution du prix, ou la résiliation du bail. Dans l'un et l'autre cas, il n'y a lieu à aucun dédommagement.

SOMMAIRE.

202. Transition. De la force majeure qui détruit la chose en tout ou en partie.
203. Pourquoi la force majeure ne pèse pas sur le preneur. Du reste, le locateur ne doit pas de dommages et intérêts pour la perte totale ou partielle causée par force majeure.
204. Définition de la force majeure et des cas fortuits.
205. Cause originaire des cas fortuits.
206. 1° *Des causes naturelles.*
207. Les accidents nécessaires de l'ordre des saisons ne sont pas des cas fortuits.
208. 2° *Des causes provenant du fait de l'homme.*
209. Autres divisions.
210. Pour que la force majeure soit prise en considération, il faut que le dommage qu'elle occasionne *soit considérable.*
211. Il faut de plus que les accidents ne soient pas habituels.
212. De la force majeure considérée dans ses rapports avec la chose louée.
213. 1° *Du cas de la perte totale ou partielle de la* MAISON *ou de la* FERME DONNÉE A BAIL.
Actions qui en résultent pour le preneur.
214. Incendie, cause fréquente de destruction. Renvoi.
215. Fait du prince, autre cause fréquente de difficulté.
216. Cas où il n'y a pas fait du prince.
217-218. Exemples de fait du prince.
219. Quand la chose est détruite en partie, le locataire qui a intérêt à continuer le bail a droit à exiger des réparations, conformément à l'art. 1719.
Opinions contraires.
220. Réfutation.
221. Le preneur doit toujours prouver la force majeure.
222. Comment se fait cette preuve et ce qu'elle comprend.
223. Exemple tiré du cas de vol. Le preneur doit prouver que le vol a été commis sans sa faute.
224. Le locataire peut demander la résiliation avant la destruction, s'il a juste sujet de la craindre.
225. 2° *Cas où la chose n'est détruite ni en tout ni en partie, mais où la force majeure* PRIVE LE PRENEUR DE LA JOUISSANCE.
Exemples : Guerre, peste.
226. Autre exemple.
227. Il n'y a pas force majeure si le locataire quitte la maison pour occuper des fonctions qui exigent son déplacement ou son expatriation.
Quid s'il quitte en cas de révolution pour motif d'opinion politique?
228. Du cas où le défaut de jouissance provient de la destruction des fruits naturels des biens ruraux. — Renvoi.
229. *Quid* de la perte des fruits des établissements industriels donnés à bail?
230. Distinction à faire à cet égard, et objections auxquelles il faut avoir égard.
231. Suite.
232. Attention qu'il faut avoir pour discerner si le cas est vraiment fortuit. — Exemples.
233. Suite.
234. 3° *Suppression, non de la chose, mais de sa destination par la force majeure.*
235. 4° *Suspension momentanée d'un des accessoires de la chose par cas fortuit.*
236. 5° *Force majeure frappant un droit incorporel donné à bail, et détruisant ce droit en entier ou suspendant momentanément ses produits.*
237. Suite.
238. Des clauses qui affranchissent le bailleur des cas fortuits. — Renvoi.
239. Les bénéfices imprévus, obvenus au fermier, ne doivent pas donner lieu à une augmentation de canon.
240. Suite. Erreur des bartolistes.

COMMENTAIRE.

202. Après avoir porté notre attention sur l'obligation du bailleur, de procurer au preneur la jouissance paisible de la chose, et de le garantir des événements qui, soit par le fait de lui, bailleur, soit par le fait des tiers, soit par un vice propre de la chose, peuvent le troubler dans les promesses du contrat; nous arrivons à l'art. 1722 qui s'occupe du cas où la force majeure

(1) Pothier, 117. *Supr.*, n° 194.
(2) *Du Louage*, n° 64.
(3) V. Pothier, *Pand.*, t. 1, p. 545, 72.

détruit en tout ou en partie la chose louée, pendant la durée du bail. Les principes que notre article pose à ce sujet sont empruntés aux lois romaines.

Et d'abord la force majeure peut détruire la chose en totalité; dans ce cas, le bail est résolu de plein droit; car il manque désormais de sujet : « Sed si « ager, dit Ulpien, terræ motu ità corruerit ut nusquàm sit, *damno domini inesse : oportere enim agrum « præstari conductori, ut frui possit* (1) ».

Si la force majeure n'amène qu'une destruction partielle de la chose, le preneur peut opter, suivant les circonstances, entre une diminution de prix du la résiliation du bail. C'est la conséquence nécessaire de cette règle de Gaïus (2) : « Vis major, quam Græci « *vim divinam* appellant, non debet conductori esse « damnosa. »

Ainsi, la perte totale retombe sur le bailleur; bien plus, la perte partielle ne doit pas nuire au conducteur. Tel est le résumé des lois romaines et de notre article.

203. Leurs dispositions sur ce point sanctionnent une règle suggérée par l'équité et appartenant à la nature du contrat de louage (3). L'orateur du tribunat devant le corps législatif, M. Jaubert, allait même jusqu'à dire que les art. 1769 et 1770, corollaires du principe posé par notre article, sont de l'essence d'un contrat commutatif, tel que le louage (4). Non pas de l'essence! c'est tenir un langage exagéré, mais de la nature du bail; voilà ce qu'enseigne la raison, d'accord avec l'opinion des jurisconsultes de tous les temps (5). En effet, puisque le bailleur s'est obligé à faire jouir le preneur, il est clair que celui-ci ne saurait être satisfait, lorsqu'un événement de force majeure le prive de la chose ou d'une partie de la chose. Le preneur empêché de jouir par un fait qui n'est pas le sien, peut donc, suivant les cas, demander une diminution de prix ou la résiliation.

Mais, quelque parti qu'il prenne, il n'aura jamais de dommages et intérêts à demander (6). Comment imputer en effet au bailleur un fait qu'il n'a pu ni prouver ni empêcher (1148, C. C.)?

204. On voit que la force majeure joue un grand rôle dans le contrat de louage. Nous la retrouverons dans les art. 1755, 1769 et 1770. Nous devons par conséquent résumer ici la théorie de cette matière importante. Un jurisconsulte italien, Sébastien Médicis, a écrit sur ces cas fortuits, un petit traité qui nous sera plus d'une fois utile, parce qu'il contient un exposé exact des principes que nous recherchons (7). Nous consulterons aussi une élégante dissertation d'Averani sur le même sujet (2). En puisant à ces sources, nous serons plus à même d'offrir aux lecteurs des documents précieux et sûrs.

Vinnius a donné une définition de la force majeure que j'ai rappelée ailleurs (8); elle est ici tout à fait à sa place. « Casum fortuitum definimus omne quod « humano cœptu prævideri non potest, nec cui « præviso potest resisti. » Cette définition prend particulièrement sa base dans ces deux observations d'Ulpien : « Fortuitos casus nullum humanum consilium « providere potest (10). » « Omnem vim cui resisti non « potest, dominum colono præstare debere (11). »

Il suit de là que les faits dont la diligence du bon père de famille peut se garantir, ne doivent pas être rangés dans la classe des cas fortuits (12). On ne les appelle fortuits que parce qu'ils trompent la prudence de l'homme (13).

Comment se fait-il cependant que l'art 1773 du C. C., que nous analyserons plus tard, parle des cas fortuits *prévus et imprévus?* Le Code aurait-il voulu renverser les idées qu'on s'était faites jusqu'à lui des cas fortuits? ou bien n'a-t-il fait que se servir d'expressions impropres?

C'est cette dernière interprétation qui est la véritable. L'art. 1773 a entendu faire allusion aux cas fortuits ordinaires et aux cas fortuits extraordinaires, dont il venait de parler en commençant. Il y a en effet des cas fortuits ordinaires et dont on peut prévoir l'arrivée probable, quoique dans un avenir incertain; tels sont la grêle, la gelée, le tonnerre, la coulure. On sait à l'avance que l'hiver ne se passera probablement pas sans gelées; que l'été amènera sans doute des grêles et des orages (14). Ce sont là les cas fortuits que le Code appelle *cas fortuits prévus*, quoiqu'il soit impossible de prévoir quand les gelées et les orages arriveront précisément, quels cantons du territoire en souffriront, etc., etc. Mais ces cas ne sont pas moins des cas fortuits dans la force du terme; car, d'une part, ce que les calculs de l'homme savent en prévoir est tellement mêlé d'imprévu, tellement dominé par l'incertitude, qu'on ne peut vraiment pas dire qu'il y ait prévision; de l'autre, ce sont des faits dont la prudence humaine ne peut se garantir, parce qu'ils sont au-dessus de nos efforts et de notre puissance bornée. Écoutons au surplus Averani : « Conductor agri certè « non ignorat fieri posse ut grandine segetes prosternantur, uvæ et oleæ decutiantur, uredine corrumpantur, aquarum magnitudine vastentur agri, et ta« men hæc inter casus fortuitos numerentur. »

Il faut même aller jusqu'à dire qu'il y a une différence entre les cas fortuits et les cas imprévus. Les cas fortuits sont ceux dont l'imputabilité serait injuste, parce qu'ils confondent notre diligence et nos soins. *Casus fortuitus caret culpâ*, dit Médicis (15). Mais il n'en est pas ainsi du cas imprévu proprement dit. De ce qu'il a été imprévu pour celui qui en a été atteint, il ne s'ensuit pas que celui-ci n'eût pas pu le prévoir en se tenant sur ses gardes. « *Improvisus dicitur « enim casus*, continue Médicis, *qui solet* IMPRUDENTIBUS *contingere seu evenire. Ex quo sequitur quod*

(1) L. 15, § 2, D. *Loc. cond.*

(2) L. 15, § 6, D. *Loc. cond.*

(3) Vinnius, *Quæst. select.*, lib. 2, c. 1. Pothier, *Louage*, nos 144, 153.

(4) Fenet, t. 14, p. 354. Locré, t. 7, p. 213, no 10.

(5) *Infr.*, no 240.

(6) Texte de l'art. 1722, *Infr.*, no 721.

(7) *De fortuitis casibus*. Inséré dans le tome 7 du *Tractatus tractatuum.*

(8) *Interpret. juris*, lib. 2, cap. 26.

(9) *Vente*, no 360, note.

(10) L. 2, § 7, D. *De administr. rer. ad civil.* (50, 8).

(11) L. 15, § 2, D. *Loc. cond.*

(12) Art. 1771, C. C. V. *Infr.*, no 335.

(13) « Casus fortuitus, dit Médicis, est cui nullo hominum consilio provideri potest. *Fortuitus* dicitur, quia provideri non potest. *Ubi diligentissimus præcavisset non dicitur propriè casus fortuitus* » (Quæst. 12, no 4). Puis il cite cette définition de Balde : « Casus fortuitus est accidens quod per *custodiam, curam, « vel diligentiam* mentis humanæ non potest evitari ab eo qui « patitur. » Remarquez cependant que le *diligentissimus* est trop absolu sous le Code civil, qui repousse la faute très-légère, et qui, n'exigeant que les *soins d'un bon père de famille* (art. 1728) de la part du preneur, le décharge de toute responsabilité quand il a pleinement satisfait à ce devoir. *Infr.*, no 335, note.

(14) C'est ce qu'explique très-bien Averani.

(15) *Loc. cit.*, no 10.

« fortuitus non punitur, licet casus improvisus punia- « tur *per modum culpæ* (1). »

On voit maintenant quelle idée il faut attacher au cas fortuit. Toutes les fois qu'il s'agira d'un accident, d'un événement que la prudence d'un père de famille n'aura pu éviter ou prévenir, ce sera un cas fortuit, non imputable.

205. Les cas fortuits, appelés aussi force majeure (2), à raison de l'action invincible qu'ils exercent sur la faiblesse humaine, proviennent de deux grandes causes: 1° de la nature; 2° des faits de l'homme.

206. Les cas fortuits naturels sont : l'impétuosité d'un fleuve qui sort de son lit; les tremblements de terre; la chaleur excessive (3), les nuées d'oiseaux ou d'insectes qui mangent les récoltes (4); les neiges immodérées (5), les gelées (6), la grêle (7), les tempêtes sur mer ou sur terre (8), le feu du ciel (9), l'incendie (10), la maladie (11), la mort, etc.

207. Mais on se tromperait si l'on mettait au rang des cas fortuits, si l'on qualifiait de force majeure, les événements non calamiteux en eux-mêmes, qui sont le résultat du cours ordinaire et régulier de la nature. Ainsi, la pluie, le vent, la neige, le froid, le chaud, les crues des fleuves ne sont pas des cas fortuits; ce sont là des accidents nécessaires de l'ordre des saisons, des alternatives inévitables d'une température normale; et l'on pourrait dire avec Cicéron : « Atque « ut intelligamus nihil horum esse fortuitum, et *hæc* « *omnia esse opera providæ solertiæque naturæ* (12). » On ne les élève au rang des cas fortuits, qu'autant que, par leur intensité et leur force excessive, ils sortent de la marche accoutumée de la nature. Ainsi la neige ne sera un cas fortuit, qu'autant qu'elle sera immodérée; la pluie ne sera un fait de force majeure, que si elle est excessive. La chaleur, cette nécessité de tous nos étés, ne sera mise au rang des événements fortuits, qu'autant qu'elle excédera les bornes ordinaires : *fervore solis non assueto*, dit Ulpien (13). Maistant qu'il n'y a pas excès, il n'y a pas cas fortuit. « Hæc omnia, cum sunt consueta, naturalem « rerum cursum non prætergrediuntur; ideò fortuita « esse non possunt. Cùm verò insolita sunt et immo- « derata, *non naturaliter accidere, sed* VIM DIVINAM « HABERE CREDUNTUR. » Je cite les paroles d'Averani (14). En un mot, les saisons ont leur ordre et leur dérangement; le dérangement seul dégénère en cas fortuit. Sans doute dans l'admirable harmonie de cet univers, ces désordres apparents ne sont que des crises très-simples de la nature pour ramener l'équilibre entre des causes qui se contrarient. Mais par rapport à nous, par rapport à nos étroits calculs, ce sont de graves perturbations et des accidents aussi nuisibles qu'impossibles à prévoir.

Nous trouverons du reste dans les nos 211 et 710 la confirmation de cette observation.

208. Les cas fortuits provenant des faits de l'homme sont la guerre, l'invasion des pirates, l'assaut des voleurs (15), le fait du prince (16), la violence exercée par un plus puissant. *Omne damnum*, dit Médicis, *datum à potentiori* (17).

209. Voilà les deux grandes classifications des faits de force majeure. D'autres jurisconsultes en ont donné une autre division, que j'ai rappelée ailleurs. Nous croyons inutile d'insister davantage à cet égard.

210. Mais il y a quelque chose de plus intéressant à relever.

C'est d'abord que le fait de force majeure, dont se plaint le preneur, doit lui occasionner un dommages grave. *Si plùs quàm tolerabile sit*, disait le jurisconsulte Gaïus (18) ; sans quoi une simple gêne, une légère diminution des avantages du bail ne serait pas une cause de résiliation ou d'allégement du prix. « MODICUM « DAMNUM *ferre debet colonus*, ajoutait Gaïus, *cui* IM- « MODICUM LUCRUM *non aufertur!* »

Cette gravité dans le dommage se réalise toujours lorsque la chose louée a entièrement péri par cas fortuit. Mais quand il n'y a qu'une partie de la chose qui a été atteinte, l'observation de Gaïus doit toujours être présente à la pensée. Le juge n'aura aucun égard aux destructions trop minimes pour affecter la jouissance.

211. Ce n'est pas tout : il ne suffit pas de considérer la force majeure dans sa définition, dans ses causes, dans ses effets dommageables. On doit encore tenir grand compte du plus ou moins de fréquence des fléaux qu'elle amène avec elle. C'est pourquoi les jurisconsultes ont avec raison divisé les cas fortuits en cas fortuits accoutumés et cas fortuits inaccoutumés, en ordinaires et extraordinaires (19). Il y en a même qui ont distingué trois sortes de cas fortuits : 1° ceux qui sont très-fréquents, et qui par cela même, et malgré les ravages qui les occasionnent, sont assimilés à des faits ordinaires ; 2° ceux qui sont plus rares, et qui forment exception au cours naturel des choses; 3° enfin ceux qui sont extrêmement rares, comme une invasion au cœur de l'État (20). Mais nous ne croyons pas que cette destination tripartite soit nécessaire. Nous avons dit, en effet, ci-dessus, au no 207, avec Averani, que les accidents naturels qui arrivent habituellement et périodiquement, ne sont pas classés parmi ceux qui viennent tromper de justes espérances, et qu'on excepte du contrat.

Posons un exemple qui fera mieux sentir combien il est juste de rejeter ces accidents hors de la classe des cas fortuits.

Je prends à loyer un moulin alimenté par un ruisseau, qui, tous les étés, perd ses eaux pour ne les reprendre qu'au retour des pluies. Il est évident que je ne serai pas fondé à demander une diminution de canon, en me fondant sur l'état de sécheresse du cours

(1) Nos 10 et 11.

(2) « Casus fortuitus, dit Averani, appellatur *vis major, vis divina, fatum, damnum fatale, fatalitas*. »

(3) L. 15, § 2, D. *Loc. cond.* Ulpien. *Vis tempestatis calamitosa — vis fluminum — solis fervor, non adsuetus terræ motus*.

(4) Ulp., loi précitée. *Vis graculorum, sturnorum*. Diocl. et Maxim., l. 18, C. *Loc. cond.*, dit : *Edax locustarum pernicies*.

(5) L. 78, § 3, D. *De cont. empt.* Labéon dit : *Si nives immoderatæ fuerunt et* CONTRA CONSUETUDINEM TEMPESTATIS.

(6) Art. 1773.

(7) Id.

(8) Ulpien, l. 2, § 6, D. *Si quis cantionibus*.

(9) Art. 1773.

(10) V. le tit. du D. *De incendiis*.

(11) Ulpien, l. 5, § 4, D. *Commodati*. Médicis, *loc. cit.* 9, 13, no 1.

(12) *De naturâ deor.*

(13) L. 15, § 2, D. *Loc. cond.*

(14) Il cite L. *Fluminum*, § *Servius*, D. *De damno infecto*.

(15) Ulpien, l. 5, § 4, D. *Commodati*.

(16) Médicis, quæst. 13, nos 6, 7.

(17) Id.

(18) L. 25, § 6, D. *Loc. cond.*

(19) Médicis, quæst. 13, no 9, art. 1773.

(20) Brunemann, sur la loi 78, § fin. D. *De cont. empt.*, et les docteurs qu'il cite. *Junge* Pothier, *Louage*, no 178.

d'eau, parce qu'il n'est pas possible que ce retour annuel du même fait n'ait pas été pris en considération pour la fixation du prix. Ce fait ne peut pas être un fait imprévu. Si je ne l'ai pas prévu, j'ai été imprudent et je suis en faute : *Humano cœptu prœvideri potuit* (1).

Il suffira donc, sous le rapport de la fréquence, de s'en tenir à la division de l'art. 1773, et de faire deux catégories seulement, celle des cas fortuits ordinaires, et celle des faits extraordinaires. Les cas ordinaires sont la grêle, le feu du ciel, la gelée, la coulure (art. 1773). Les cas extraordinaires sont la guerre, une inondation à laquelle le pays n'est pas ordinairement soumis; une sécheresse extrême et prolongée dans la saison de l'année où les pluies viennent rafraîchir la terre et raviver les sources, etc., etc.

On verra par l'art. 1772 ce que cette distinction a d'importance.

212. Maintenant que nous avons vu en quoi consiste la force majeure considérée en elle-même, nous devons la suivre dans l'objet sur lequel elle s'appesantit.

Ici plusieurs distinctions sont nécessaires, afin de suppléer par l'interprétation à ce que le législateur a laissé d'incomplet dans une formule légale qui aurait pu être plus compréhensive.

L'art. 1722 est placé sous la rubrique des baux des maisons et des biens ruraux. Il en est de même de l'art. 1741. Les art. 1769 et suivants ne s'occupent aussi que des baux à ferme. Mais les règles d'équité consacrées par ces articles ne s'appliquent-elles pas aux autres espèces de louage? Et même l'art. 1722 ne concerne-t-il limitativement que le cas de perte totale ou partielle de la chose matérielle? Nous pensons que ces questions doivent être résolues pour la négative. Mais pour mieux justifier cette solution, il faut entrer dans les distinctions que nous avons annoncées.

1re *hypothèse*. La force majeure peut détruire la chose en totalité, ou la détruire en partie. C'est le cas de l'art. 1722 et de l'art. 1741.

2e *hypothèse*. Elle peut ne pas détruire la chose même ni aucune de ses parties intégrantes, mais en enlever la jouissance au preneur; ou bien frapper de ses sinistres les produits et les fruits. Les art. 1769 et suivants ont prévu cette dernière partie de notre hypothèse (2).

3e *hypothèse*. Force majeure détruisant la destination de la chose, quoique la laissant subsister dans son tout et ses parties matérielles.

4e *hypothèse*. Force majeure qui, tout en respectant la chose et ses parties, suspend momentanément l'un de ses accessoires.

5e *hypothèse*. Enfin, force majeure s'appliquant non à la chose, mais à un droit incorporel qu'elle fait disparaître en entier, ou dont elle paralyse passagèrement les produits.

Nous allons reprendre un à un ces différents cas.

213. Premier cas. J'ai exposé au no 202 la double hypothèse de notre article et le double résultat auquel il conduit.

La perte de la chose matérielle, par exemple, de la maison, détruit le sujet même du contrat. La résiliation est forcée (art. 1741). Le preneur ne pourrait exiger que le bailleur reconstruisît la maison. De même, le bailleur ne pourrait retenir le locataire dans les liens du contrat, en offrant d'opérer la réédification de la maison (3).

La perte d'une partie de cette chose engendre ou la résiliation ou la diminution de prix. L'option est laissée au preneur. Si ce dernier préfère une diminution du prix, le bailleur n'est pas fondé à opposer à cette demande l'offre de résilier le bail. La résiliation prononcée contre le vœu du preneur serait une atteinte portée à ses droits, et une violation flagrante de notre article (4).

214. Il y a deux causes principales de perte partielle ou totale des espèces d'immeubles dont s'occupe spécialement l'art. 1722. C'est l'incendie et le fait du prince; toutefois je ne veux pas dire que les autres faits de force majeure n'ont aucune action sur la chose louée. Ce serait de ma part une absurdité : je veux dire seulement que l'incendie et le fait du prince sont ceux qui se présentent le plus fréquemment devant les tribunaux et donnent lieu à plus de difficultés.

L'incendie n'était que trop fréquent chez les Romains, comme la suite nous l'apprendra (5) ; il ne l'est pas moins chez nous, malgré les assurances, et peut-être à cause des assurances.

Mais l'incendie trouve sa cause autant dans l'imprévoyance des locataires et des fermiers que dans la force majeure. Que doit faire alors le juge? doit-il présumer le cas fortuit plutôt que l'imprudence, ou l'imprudence plutôt que le cas fortuit? L'art. 1733 tranche cette question contre le locataire. Nous renvoyons au commentaire de cet article tout ce que nous avons à dire au sujet de l'incendie.

215. L'autre cause de cas fortuit est le fait du prince.

J'occupe une maison qui, par l'effet des règlements de voirie, est sujette à reculement. L'exécution de ces règlements oblige souvent à démolir la maison dans son entier pour la reconstruire sur un nouvel alignement et avec des distributions intérieures mieux adaptées aux besoins du moment. Je serai donc forcé de quitter cette habitation, sans attendre la fin du bail.

Mais si l'alignement ne retranche qu'une partie de la maison, je choisirai entre une diminution de loyer et la résiliation (6).

216. Il ne faudrait pas confondre avec la force majeure amenée par le fait du prince, l'ordre de l'autorité qui empêcherait de réparer un mur non aligné, dont la solidité aurait été compromise par les travaux du propriétaire lui-même. Le fait de ce dernier serait ici la seule cause originaire du préjudice éprouvé par le locataire qui serait privé d'une partie de la maison (7). Je crois que ce dernier pourrait obtenir, s'il y avait lieu, des dommages et intérêts (8).

Il en serait de même si l'autorité eût ordonné la démolition de la maison, sur les instances du propriétaire lui-même, qui aurait provoqué l'alignement (9).

217. Autre exemple tiré du fait du prince.

Je tiens à loyer une maison qui a sur la voie publique un balcon sur lequel je puis me promener et jouir d'une vue agréable et d'un air pur. Tout à coup un

(1) *Infr.*, no 235.
(2) V. *infr.*, nos 225 et suiv.
(3) M. Duvergier, t. 1, no 521.
(4) Cassat., 25 juillet 1817 (S., 17, 1, 490. D., 17, 1, 318).
(5) V. le comm. de l'art. 1733.
(6) Bordeaux, 4 octobre 1831 (Dall., 32, 2, 28). *Supr.*, no 213.
(7) Même arrêt de Bordeaux.
(8) L'arrêt de Bordeaux qui m'a fourni cette espèce n'a pu se refuser à adjuger des dommages et intérêts que par une appréciation spéciale des faits de la cause. Autrement cet arrêt ne serait pas juridique.
(9) Bordeaux, 24 décembre 1813 (D., 34, 2, 70).

arrêté de l'autorité municipale ordonne la suppression de ce balcon, parce qu'il faisait saillie sur la rue. Privé d'un des agréments les plus précieux de mon appartement, j'aurai droit de me prévaloir de la disposition de l'art. 1722.

218. On porterait la même décision, si la maison venait à être privée, pour cause d'utilité publique, d'un jardin dont j'avais la jouissance.

219. J'ai dit, d'après le texte de l'art. 1722, que le locataire privé par cas fortuit d'une partie de la chose, aura l'option de demander la résiliation ou une diminution de prix.

Mais s'il prend le parti de rester moyennant une diminution dans le prix de location, sera-t-il fondé, en outre, à exiger que le bailleur fasse à l'immeuble les réparations nécessaires pour faire disparaître les traces de destruction et remettre les lieux en état?

Ce point est important; il a donné lieu à de sérieuses contestations.

Une distinction a été faite.

Ou la destruction partielle a été occasionnée par un de ces sinistres qui n'amènent avec eux que des pertes sans indemnité, et alors le propriétaire, frappé tout à la fois d'une détérioration importante dans sa propriété et d'une diminution dans son revenu, ne doit pas être grevé d'un nouveau fardeau, c'est-à-dire de réparations considérables qui peuvent dépasser ses facultés. Si le locataire ne veut pas garder la chose dans l'état où elle est, il a un moyen que lui offre l'art. 1722, c'est la résiliation. Mais quand il opte pour la continuation du bail, tout ce à quoi il peut prétendre, c'est une diminution de prix. L'art. 1722 ne parle pas des réparations, et son silence doit s'interpréter contre le preneur, avec d'autant plus de justice et de raison, que ces réparations peuvent s'élever à des sommes énormes; qu'elles dépassent toujours toutes les prévisions ordinaires; qu'il serait trop rigoureux d'en imposer au bailleur le fardeau actuel.

Ou bien, le sinistre provient d'un fait de force majeure qui ouvre au bailleur une action en indemnité, comme l'incendie d'une maison assurée, l'expropriation pour cause d'utilité publique; alors les positions sont différentes. Le bailleur n'éprouve pas une perte sans dédommagement; on peut encore dire qu'il ne perd pas proprement sa chose puisqu'il la retrouve dans l'indemnité. Il est donc tenu de réparer et mettre en état les lieux que le preneur veut retenir (1).

Toutefois, cette distinction a éprouvé quelques échecs, et la cour royale de Paris a rejeté la prétention d'un preneur qui exigeait des réparations, afin de rendre possible la continuation du bail, et cela, dans une espèce où le bailleur, dont la maison avait été incendiée en partie, avait reçu une indemnité de la compagnie d'assurances (2).

220. Pour moi, je pense qu'il n'y a pas lieu à distinguer. L'art. 1720 n'admet pas de différence entre les deux cas qu'on oppose l'un à l'autre: ou le preneur doit toujours succomber dans sa prétention d'obtenir la réparation de l'immeuble; ou il doit toujours réussir. Tout milieu entre ces deux alternatives me paraît arbitraire.

J'ajoute, qu'à mon sens le locataire est toujours fondé à demander les réparations propres à assurer sa jouissance. L'opinion contraire ne s'appuie sur rien de sérieux et de solide. Ceux qui l'ont inventée raisonnent comme si l'art. 1722 ne donnait taxativement au preneur que l'option entre la résiliation et la diminution du prix. Mais cet article ne se sert d'aucune expression limitative et exclusive. Tout ce qu'on peut dire, c'est qu'il garde le silence sur le droit du preneur d'exiger l'entretien et la réparation des lieux endommagés. Mais ce silence n'a rien qui tire à conséquence. L'art. 1722 n'avait pas besoin de rappeler un droit écrit dans l'art. 1719, droit inhérent à la position du preneur, en vertu de la nature de la convention; droit perpétuel et corrélatif à l'obligation de faire jouir prise à sa charge par le bailleur; droit qui ne peut être détaché du contrat qu'en vertu d'une renonciation certaine. Or aucune renonciation de cette espèce n'existe dans le cas que nous examinons.

Lorsque les art. 1719 et 1720 ont obligé le bailleur à entretenir la chose en bon état de réparation, ont-ils distingué si les dégradations provenaient de cas fortuit, ou de vétusté, ou de vice de construction? Nullement, il y a même quelque chose de plus; c'est que l'art. 1720 exclut toute restriction; il veut, en effet, que le bailleur soit tenu de faire, pendant la durée du bail, TOUTES *les réparations qui peuvent devenir nécessaires*. Toutes les réparations! En présence de ces mots énergiques, quelle base peuvent avoir les distinctions et limitations que nous repoussons?

Ce n'est pas tout. Si l'on donnait au bailleur la faculté exorbitante de se dispenser des réparations, qu'arriverait-il? C'est qu'en définitive il serait toujours maître d'amener la résiliation du bail avant l'expiration de sa durée. C'est qu'à lui seul profiterait l'option que l'art. 1722 a entendu donner exclusivement au preneur!

Et en effet, comment voulez-vous que le locataire continue à jouir de la faculté d'occuper les lieux où le retiennent ses intérêts, ses habitudes, l'achalandage de ses magasins, etc., si le bailleur ne veut pas le mettre à couvert, s'il se refuse à faire disparaître les ruines qui rendent sa demeure inhabitable? Est-ce que le droit de maintenir le bail ne deviendra pas illusoire? Est-ce qu'il ne sera pas toujours au pouvoir du bailleur de donner congé, et d'obtenir la liberté de la maison? Mais, de bonne foi, est-ce là ce qu'a voulu l'art. 1722? ou pour mieux dire n'est-ce pas le renversement de ses dispositions (3)?

Mais voyez jusqu'où l'on se trouverait entraîné s'il fallait prendre au sérieux cette idée que l'article 1722 n'oblige pas le propriétaire à la reconstruction de la partie de la chose détruite par la force majeure (4).

Un coup de vent violent et extraordinaire renverse les cheminées, arrache les persiennes et brise les fenêtres. Il n'importe! le propriétaire pourra laisser le locataire dans l'impossibilité de faire du feu, et de se garantir des intempéries de la saison, il le pourra sous prétexte du silence de l'art. 1722!! et l'on appelle cela faire jouir le preneur!

Une neige inaccoutumée charge les toitures pendant un hiver très-dur, et le toit s'enfonce. Vous croyez que, d'après les art. 1719 et 1720, le propriétaire devra s'empresser de reparer ce dégât! nullement. Ces articles ne sont bons que pour les dégradations survenues par des causes ordinaires! Or, ici il s'agit de force majeure, et l'art. 1722 est muet, dans ce cas, sur l'obligation de réparer! A la vérité, le locataire a droit de continuer le bail. Eh bien! qu'il

---

(1) Arrêt de la cour royale de Paris, du 12 février 1833 (D., 33, 2, 193. Sirey, 33, 2, 600). Battou, contre la ville de Paris. — M. Duvergier, t. 1, nos 522, 523.

(2) 5 mai 1826 (S., 28, 2, 18).

(3) V. *supr.*, no 213.

(4) Je copie les expressions de l'arrêt de Paris du 12 février 1833.

reste dans l'appartement ; mais qu'il y reste sans réparations ! qu'il y reste déclos et découvert ; c'est tant pis pour lui.

Assurément il suffit d'énoncer de tels résultats pour rendre inadmissible le système déraisonnable dont ils découlent.

L'art. 1722 ne concerne pas seulement les baux de maisons et ceux de biens ruraux. Malgré la rubrique menteuse à laquelle il appartient, le principe qui l'a fait édicter l'étend forcément au louage des choses mobilières et à toutes les espèces de louages de choses.

Ainsi, je vous loue un cheval pour quinze jours, afin que vous fassiez une tournée dans les environs. Mais vous êtes attaqué en route par les voleurs, qui tuent votre monture ; il y a résolution du bail, et vous n'êtes tenu de me payer que le nombre de journées pendant lequel le cheval vous a servi (art. 1741) (1).

221. Au reste, ici comme toujours, il ne suffit pas au preneur d'articuler la force majeure. Il faut qu'il la prouve. *Allegans fortuitum casum*, dit Médicis, *illum tenetur probare* (2).

222. A cet égard il est à propos de reproduire une observation que nous avons faite ailleurs (3). On sait que certains cas de force majeure n'excluent pas par eux mêmes la possibilité d'une faute de la part de ceux qui en sont atteints, par exemple, l'incendie et le vol (4). Alors il ne suffit pas au preneur de prouver la force majeure ; pour qu'il arrive à un résultat complet, il doit encore prouver que sa faute n'a pas amené ou favorisé l'événement. Je trouve dans l'ouvrage de Médicis la confirmation de cette doctrine, évidente, du reste, malgré quelques dissentiments (5). « *Probato illo casu, non dicitur purgata culpa, et* « *tunc tenetur probare culpam in eo cessare* (6). » Je renvoie, du reste, aux développements que j'ai donnés à ce sujet dans mon Commentaire de la *Vente* (7).

223. L'application de cette doctrine est usuelle, non-seulement dans le cas d'incendie (8), mais encore dans le cas du vol de la chose louée (9) ou de la mort des animaux donnés à location.

Je vous ai donné un cheval à louage ; il meurt entre vos mains. Mais comment est-il mort? Ne peut-il pas avoir été frappé par vous sans ménagement, ou avoir été excédé de fatigue par une marche forcée? Ne l'avez-vous pas fait boire pendant qu'il était en sueur? etc., etc. La mort à elle seule n'est pas une preuve de force majeure. Elle n'est telle qu'autant qu'il est certain que l'imprudence et l'impéritie ne l'ont pas causée. Il en est de même du vol. Vous prétendez que la chose que je vous ai louée vous a été volée ; mais c'est à vous à établir que le vol a été commis sans votre faute. Tous les interprètes sont unanimes à cet égard. Ecoutons Menochius : « Qui rem « furto amisit, *casum fortuitum probare tenetur, cùm* « *alioquin suâ culpâ commissum præsumatur* (10). « Casu autem fortuito furtum dici poterit tunc com- « missum, quandò à domesticis domus, cùm res « *fuerit recondita in loco forti et aliàs bene tuto*, et « *tamen locus ille fuit fractus*. Idem est *quandò ap-* « *paret probataque est diligentia non mediocris cus-* « *todis* (11). »

Et cette doctrine, que Menochius appuie de citations empruntées aux plus grands docteurs, je la fortifie d'un texte d'Ulpien qui déclare que l'incendie et le vol ne sont comptés parmi les cas de force majeure qu'à la condition qu'il n'y aura pas faute de la part du détenteur : *si nihil dolo aut culpâ acciderit* (12).

Ce sera donc au preneur à établir que le sinistre ne provient pas de son fait.

Au surplus, je n'entends pas dire que le juge devra, dans tous les cas, appointer les parties pour faire enquête et contre-enquête sur la négligence du preneur. Très-souvent il sera à même de se décider de prime abord par les circonstances de la cause. Par exemple, en cas de mort d'un cheval loué, s'il était certain que la monture était déjà fatiguée lorsqu'elle a été livrée au locataire, ou qu'elle était amaigrie et usée par un long service ; s'il résulte que le preneur est un homme prudent en général, précautionné et ménager, etc. ; dans tous ces cas, le juge n'aura pas besoin de s'enfoncer dans de plus amples recherches, le fait de force majeure sera proclamé par lui.

---

(1) Médicis, *De fortuitis casibus*, question 10, no 22 de la 2e partie.

(2) Quæst. 13 de la 1re partie, no 1.

(3) *Vente*, no 402.

(4) *Junge* Médicis, part. 1, q. 13, no 12.

(5) Et il cite la loi 23, au D. *Quod metùs causâ*, qui exige *apertissimas probationes violentiæ* (Ulpien) ; mais il y en a de plus positives encore.

(6) V. aussi *infr.*, nos 342, 364.

(7) M. Duvergier, portant son jugement sur cette opinion dans son Traité de la *Vente* (t. 1, no 280), a donné la préférence au sentiment de M. Proudhon, que j'ai combattu. De toutes les raisons que j'ai employées, M. Duvergier n'en aborde qu'une seule. C'est celle que m'a offerte l'art. 1733. Cet article, dit M. Duvergier, n'est qu'une exception aux règles générales. La preuve, c'est qu'il n'est pas applicable de locataire à locataire, de propriétaire à propriétaire. La jurisprudence est d'accord pour le renfermer dans le cas de locataire à locateur qu'il prévoit.

Trois réponses.

1o Avant de me déclarer battu, M. Duvergier aurait dû, ce semble, répondre aux arguments que m'ont offerts les interprètes anciens ; la loi romaine ; les art. 1245 et 1302 du Code civil ; enfin la définition du cas fortuit, comparée avec l'événement qui peut aussi bien prendre sa source dans la faute que dans la force majeure.

2o D'ailleurs, j'ai pris soin de faire remarquer que je n'employais l'art. 1733 que subsidiairement et pour opposer une analogie aux analogies contraires que M. Proudhon puisait dans les art. 1806, 1807, 1808. Après une telle précaution de ma part, pourquoi donc renfermer la discussion sur ce terrain ?

3o Enfin, je n'ignore pas que l'art. 1733 est inapplicable du locataire au locataire, du propriétaire au propriétaire ; j'ai même contribué à quelques-uns des arrêts qui l'ont ainsi décidé ; mais ce n'est pas du tout notre question. On demande si l'individu *débiteur d'une chose envers une autre personne*, sera pleinement déchargé lorsque, le moment du payement arrivé, il prouvera que la chose a été brûlée ou volée. Ou bien s'il devra aller jusqu'à établir, de plus, que le sinistre est arrivé malgré sa vigilance. L'art. 1733 tranche la question contre le locataire, qui est, lui aussi, débiteur d'une chose qu'il doit remettre à autrui. Eh bien ; il s'agit de savoir si cet article offre un argument d'analogie qu'on puisse opposer à un débiteur non locataire. M. Duvergier soutient la négative, parce qu'il a été décidé par la jurisprudence que cet article ne concerne pas les relations de locataire à locataire, de propriétaire à propriétaire. Mais c'est ne rien dire ; car ces individus ne sont pas entre eux dans la position de débiteur à créancier ; ils ne sont engagés l'un à l'autre par aucun lien conventionnel. (V. *infr.*, no 364.)

(8) V. l'art. 1733 C. C.

(9) Ulpien, l. 52, § 3, D. *Pro socio*.

(10) L. 52, § 3, D. *Pro socio*.

(11) *De præsumpt.*, lib. 6, præs. 61, nos 34 à 40.

(12) L. 52, § 3, D. *Pro socio*.

224. Nous venons de parcourir les difficultés que fait naître la destruction totale ou partielle de la chose louée.

Mais le locataire n'est pas tenu d'attendre que cette destruction soit entièrement consommée ; il peut demander la résiliation avant l'événement du sinistre, pourvu que ses craintes reposent sur une menace sérieuse. Les lois romaines étaient positives à cet égard (1), et je pense que leur autorité doit prévaloir sous le Code civil, bien que notre article n'ait pas prévu ce cas ; mais il rentre dans son esprit (2).

Les jurisconsultes romains allaient plus loin. Alors même que l'événement prévu ne serait pas arrivé, si cependant la crainte avait été légitime, ils pensaient que le locataire qui s'était décidé à fuir devait être déchargé (3). Cette opinion est trop rationnelle pour n'être pas adoptée aujourd'hui (4).

225. Arrivons maintenant à la deuxième hypothèse que nous avons prévue ci-dessus (5).

Nous supposons que la force majeure laisse subsister la chose matérielle dans son tout et ses parties, mais qu'elle empêche le locateur d'en prendre ou d'en conserver la jouissance ; c'est ce qui peut arriver en temps de guerre, lorsque l'ennemi, se rendant maître du territoire, chasse les fermiers des domaines qu'ils exploitent, ou s'installe de vive force dans les maisons qu'occupaient les locataires ; ce cas ne rentre pas positivement dans la lettre de l'art. 1722 ; mais l'esprit doit venir vivifier le texte. Il est certain que ce cas de force majeure donnera ouverture à une résiliation ou à une diminution de prix (6).

Pothier donne un autre exemple, c'est celui d'une peste qui ravage la ville où un individu vient de louer une maison afin d'y établir son domicile. Le locataire qui se trouve hors de la ville, ne pouvant entrer en jouissance par suite de la contagion qui lui en ferme l'accès, ne devra pas les loyers.

Cette opinion ne trouvera certainement pas de contradicteurs dans tous les cas où des mesures sanitaires couperont les communications entre la ville et l'extérieur ; mais servira-t-elle de règle lorsque les relations n'auront pas été interrompues, et qu'il ne tenait qu'au locataire d'entrer dans les murs de la cité ouverte à tout venant ? Je ne crois pas qu'on doive l'étendre jusque-là. Il est sans doute prudent à un père de famille qui tient à se conserver pour lui et pour les siens, de ne pas affronter les dangers de la contagion ; mais ce que la loi exige pour rompre un contrat, ce n'est pas un péril plus ou moins probable, quoiqu'en lui-même incertain ; c'est un obstacle irrésistible, inévitable. Le cas de peste n'est pas de cette nature ; il laisse subsister des rapports volontaires entre les habitants ; c'en est assez pour faire maintenir des engagements fondés sur la convention des parties (7).

226. De même, si le locataire installé dans la maison la quittait par crainte ou par prudence, afin de se soustraire aux éventualités de la guerre ou de la maladie, l'action établie par notre article lui échapperait (8) ; la force majeure ne serait pas la cause directe, immédiate, de sa sortie des lieux. Ces fléaux ne l'auraient pas nécessairement empêché de les occuper ; il en serait sorti volontairement et par pure précaution ; d'où il suit que son fait aurait décidé de tout, bien plus qu'une puissance irrésistible (9) ; il n'y aurait force majeure qu'autant que les ordres supérieurs des chefs militaires ou des chefs de la police sanitaire l'auraient expulsé, et encore serait-il peu favorablement écouté s'il avait laissé ses meubles occuper la maison. Cette occupation serait une évidente continuation du bail.

227. Ce n'est pas non plus une force majeure donnant ouverture à la résiliation, que l'acte du gouvernement qui, changeant la destination d'un fonctionnaire public et l'envoyant dans une autre résidence, le met dans le cas de quitter avant le temps l'appartement qu'il avait loué. D'une part, ce fonctionnaire, sachant qu'il était à la disposition du prince, pouvait prévoir l'événement qui le déplace, et réserver dans son bail la clause résolutoire ; on ne peut pas dire de cette espèce : *Eventus inopinatæ rei cui provideri nec resisti potest* (10). D'autre part, où trouverait-on l'inévitable nécessité, l'irrésistible puissance qui caractérisent le cas fortuit ? Ne craignez rien ! le gouvernement ne contraindra pas par corps le fonctionnaire qui ne profitera pas de sa nomination ! il ne le fera pas appréhender par les gendarmes ! car, *uno avulso, non deficit alter.*

On peut rattacher à cette idée l'espèce suivante qui a été jugée par la cour royale de Paris par arrêt du 13 mars 1832 (11). La liste civile de Charles X avait pris à bail pour 9 ans une maison située à Saint-Cloud et destinée au logement du gouverneur du duc de Bordeaux. Après la révolution de juillet, la résiliation du bail fut demandée, sous prétexte que la personne pour laquelle la maison avait été louée ne pouvait plus l'occuper ; mais cette prétention fut successivement rejetée par le tribunal de première instance et par la cour royale. Leur décision est, au fond, tout-à fait juridique ; mais les motifs qui l'ont précédée ne me semblent pas dignes de la même approbation : « Attendu, dit la cour, que le bailleur ne peut être « responsable ni éprouver aucun préjudice des faits « *de force majeure qui viennent frapper le preneur* « *en l'empêchant de jouir de la chose louée*, puisque le « bailleur n'a pu les prévenir ni les empêcher. » Il est difficile de donner de plus mauvaises raisons à l'appui d'une bonne solution. La cour royale s'est-elle bien comprise elle-même lorsqu'elle a supposé qu'il n'y a de force majeure susceptible d'être prise en considération que celle que le bailleur a pu prévoir et empêcher ? Est-ce que le caractère de la force majeure n'est pas précisément de ne pouvoir être prévu ni empêché par personne ? De plus, la cour a-t-elle bien réfléchi à cette proposition, que la force majeure qui frappe le preneur, en l'empêchant de jouir de la

(1) Alfenus, l. 27, § 1. D. *Loc. cond.* Pothier, *Pand.*, t. 1, p. 542, nos 49 et 50.

(2) *Junge* M. Duvergier, t. 1, no 526.

(3) Loi précitée. Voët, *Loc. cond.*, no 23.

(4) M. Duvergier, t. 1, no 527.

(5) No 212.

(6) Pothier, no 148. Caius, l. 34, D. *Loc. cond.* Arg. des art. 1796 et suiv. *Infr.*, no 228. *Cont.* de Fachin (lib. 2, c. 90). Cet auteur dit : « Conductor non tenetur perindè *ac si fundus non ex-* « *taret.* Unde nihil movet quod dicitur hoc in casu fundum exs- « tare, et non periisse, quia idem est ac si non extaret. Nec enim « dominus fundi patientiam utendi et fruendi præstare potest. »

(7) V. mon Comm. de la *Prescription*, t. 2, no 727.

(8) *Contrà*, Cout. de Bordeaux, art. 39.

(9) M. Duvergier est de cet avis ; mais les autorités qu'il cite ne m'ont pas semblé décider la difficulté (t. 1, no 524). Cette question, du reste, était fort controversée dans l'ancienne jurisprudence. Les parlements de Grenoble et d'Aix étaient favorables aux locataires (Expilly, arrêt 2. Boniface, tom. 4, liv. 8, tit. 8, ch. 6). A Naples on jugeait autrement (Expilly, *loc. cit.*).

(10) Médicis, part. 1, q. 12, 127.

(11) Sirey, 32, 2, 332.

chose louée, n'est pas une cause de résiliation? Quelle différence la cour de Paris voit-elle donc entre le cas où la jouissance du preneur est forcément paralysée par un fait qui l'enchaîne, et celui où la jouissance manque par la perte de la chose!! (1).

La véritable raison de décider, c'est qu'il n'y avait aucune force majeure qui empêchât le gouverneur du prince d'occuper l'appartement. La révolution ne lui avait pas fait partager le sort de ses maîtres; elle ne l'avait ni banni du territoire, ni menacé dans sa personne et ses biens; il n'était sorti de France que par des motifs purement volontaires et par des raisons de convenance. En présence de tels faits, comment pouvait-on proposer sérieusement aux magistrats de résilier, pour cas fortuit, un bail à l'exécution duquel le plus léger obstacle ne venait s'opposer?

Du reste, je ne sais si dans la discussion de cette affaire on invoqua un arrêt du parlement de Paris, séant à Tours, rendu le 30 mars 1590, au profit d'un procureur qui fut déchargé du bail de sa maison qu'il avait quittée durant les troubles, *afin*, dit Brillon *de rester fidèle au roy* (2). Mais la date de cet arrêt et le lieu où il fut rendu disent assez que les haines de la guerre civile divisaient les esprits et ensanglantaient la France. Dans les époques de fanatisme, tout se ressent de la partialité des esprits. La justice elle-même dépose sa balance; elle entre, comme tout le monde, dans l'arène des passions politiques!

228. L'hypothèse que nous avons posée au n° 225 peut se réaliser sous un autre point de vue. C'est lorsque les fléaux de la nature privent le fermier des fruits naturels dont la jouissance faisait l'objet principal du contrat. Ce cas découle nécessairement encore du principe posé par l'art. 1722. Mais comme il est réglé d'une manière spéciale par les art. 1769 et suivants du Code civil, je renvoie au commentaire de ces dispositions (3).

229. Les fruits que l'industrie retire des établissements commerciaux et manufacturiers donnés à bail, peuvent, comme les fruits arrachés à la terre par le travail agricole, se trouver compromis par des événements calamiteux, irrésistibles et imprévus. Jamais l'ancienne jurisprudence n'avait hésité à venir, dans ce cas, au secours du fermier (4). Le silence du Code n'est pas une raison suffisante pour nous séparer des doctrines de nos maîtres. On a déjà vu tant d'omissions échapper aux rédacteurs du titre *du Louage*, qu'on doit s'être accoutumé à n'en éprouver aucune surprise. Les art. 1769 et suivants serviront donc de point d'analogie. La nature du contrat de bail dont ils découlent, veut impérieusement qu'on les étende aux sinistres qui s'appesantissent sur tous les fruits autres que les fruits de la terre.

Il est vrai qu'une opinion nouvelle, et jusqu'à ce jour inouïe dans le droit romain et dans le droit français, a été professée timidement d'abord par M. Delvincourt (5), et plus tard, plus ouvertement par M. Duvergier (6), sur la portée des articles 1769 et suivants du Code. Ces auteurs pensent que ces dispositions doivent être considérées comme des exceptions aux règles générales qui régissent le louage. Mais cette erreur trouvera plus tard sa réfutation (7). Et je crois pouvoir dès à présent la considérer comme condamnée par l'opinion universelle.

Je pense donc, avec Pothier et toute l'ancienne jurisprudence, que la question doit se résoudre en faveur du fermier. M. Duvergier lui-même me fournirait des arguments à l'appui de mon opinion; car il convient que les obstacles insurmontables à la jouissance du fermier doivent être pris en considération, alors même qu'ils ne proviendraient pas de la perte totale ou partielle de la chose matérielle (8). Or, quand un événement de force majeure empêche le preneur de recueillir en totalité, ou en une partie notable, les fruits qui sont l'aliment de sa jouissance, ou pour mieux dire la jouissance même que le bail lui assurait, il est bien évident qu'il *y a obstacle invincible à la jouissance du preneur*, pour me servir des expressions de M. Duvergier.

Ainsi, par exemple, je donne à bail ma sucrerie produisant annuellement tant de kilogrammes de sucre. Mais voilà que, contre toute attente, une loi fiscale limite la production de cette industrie à un certain rendement inférieur à celui que l'on retirait de l'usine lors de l'entrée en jouissance de mon fermier. Il est évident que ce dernier aurait droit à être indemnisé de ce cas fortuit.

230. Il y a plus de difficulté dans le cas où ce n'est pas la production même qui est frappée de mesures prohibitives, mais l'écoulement de la production. Supposons, dans l'exemple cité il n'y a qu'un instant, que ma sucrerie conserve tout son développement, mais que les sucres fabriqués soient soumis à un impôt extrêmement onéreux et imprévu qui en paralyse la vente.

La raison de douter vient de ce que les art. 1769 et suivants, qui protégent le fermier contre les cas de stérilité, ne s'inquiètent plus des sinistres qui peuvent atteindre la récolte, une fois qu'elle est dans ses mains (9). Les lois romaines la mettent même expressément à ses risques. C'est pourquoi Ulpien voulait que l'acidité survenue dans les vins produits par les fruits de la vigne affermée, ne fût pas une cause de diminution du canon (10).

Mais la raison de décider est que les risques dont Ulpien a donné un exemple, et qu'il laisse à la charge du fermier, ne sont pas de ceux qui affectent la production des années suivantes, dans sa source même. Les blés se sont gâtés dans les granges, les vins se sont aigris dans les caves, les céréales se vendent mal; c'est un malheur sans doute; mais il n'y a là rien qui compromette le sort des récoltes prochaines. Le fermier se mettra à l'œuvre avec plus de zèle et d'ardeur pour réparer les échecs qu'il a éprouvés; échecs, du reste, qui ne sauraient motiver une action en garantie contre le propriétaire; car celui-ci a tenu ce qu'il avait promis, c'est-à-dire la jouissance de la chose, la perception des fruits. Or les fruits ont été recoltés sans sinistres, et le fermier les a faits siens. Ce qui est survenu depuis, est une chance à laquelle doit s'attendre tout fermier.

Dans notre espèce, c'est tout autre chose. Ce n'est

(1) M. Duvergier trouve cependant de la justesse dans ces motifs. T. 1, n° 525. Comment concilier cette approbation avec ce qu'il enseigne au n° 524, savoir : que l'obstacle invariable qui s'oppose à la jouissance du preneur est un cas fortuit, quoique la chose n'ait péri ni en totalité ni en partie?

(2) *Bail*, n° 54.

(3) *Infr.*, nos 695 et suiv.

(4) Pothier, nos 152 et 163. Médicis, *De casib. fort.* part. 2, question 10, nos 32 et suiv.

(5) T. 3, p. 189 et 190, note 4; in-8°, t. 7, p. 219. *Infr.* n° 283.

(6) T. 2, n° 150.

(7) V. le Comm. de l'art. 1762. *Junge infr.*, nos 240, 283, 695, 696.

(8) T. 1, n° 324.

(9) V. l'art. 1771.

(10) L. 15, § 2, D. *Loc. cond.*, et les notes de Pothier (*Pand.*, t. 1, p. 542, n° 51). *Junge* l'art. 1771.

pas un accident isolé qui frappe sur les fruits dont le bailliste est en possession, et qui ne compromet en rien le sort des campagnes suivantes. C'est une telle révolution dans les tarifs fiscaux, que l'industrie sucrière en est atteinte dans son existence même, et que la fabrication de tous les ans est menacée, compromise, paralysée. Donc, la jouissance qui se prépare désormais pour le fermier n'est plus la même que celle qui lui avait été promise par le bail. Les conditions de cette jouissance sont changées dans leur base et avec des effets perpétuels; et ce changement, dans l'objet même du bail, doit en amener nécessairement un dans la position des parties (1).

231. Du reste, ces rapprochements mettent en évidence une vérité que je tiens à faire ressortir de nouveau. C'est qu'en cette matière les produits récoltés périssent pour le fermier, quand même ce serait la force majeure qui les aurait fait périr. Ainsi, vol, dégât, incendie, rien de tout cela n'est pris en considération, une fois que la récolte est dans les magasins du bailliste (art. 1771 C. C.); mais si la force majeure remonte plus haut, si, tout en atteignant les récoltes faites, elle tarit la source de récoltes à faire, on en tiendra compte au fermier, privé de ses légitimes espérances.

232. Ces premières difficultés écartées, il en reste d'autres dans la pratique sur ce que l'on doit appeler ici cas fortuit.

Pothier donne l'exemple suivant: J'ai loué à Pierre une auberge située sur la grande route; mais pendant la durée du bail, une mesure du gouvernement ordonne que cette route sera changée de manière que cette auberge, qui avait un très-bel achalandage lorsque je l'ai donnée à bail, est devenue déserte, parce qu'elle ne se trouve plus sur la ligne des communications qui la faisaient fréquenter. En ce cas, dit Pothier, quoique le locataire jouisse de toutes les parties de la maison, il est fondé à demander une diminution de loyer, la jouissance de cette auberge souffrant une diminution très-considérable (2).

J'adopte cette opinion, pourvu qu'il soit bien entendu que la route a été supprimée pour être reportée ailleurs. Car seulement alors il y aurait à mes yeux cas fortuit; la suppression d'une route, par la vente à des particuliers du terrain qu'elle occupait étant un de ces événements qui sortent de toutes les prévisions. En effet, nul ne peut s'attendre à ce qu'on prive une localité de ses débouchés, et qu'on l'enclave pour ainsi dire dans un rayon sans issue. Mais l'on comprend qu'une telle hypothèse est presque de théorie, et qu'il est bien difficile qu'elle se réalise dans la pratique.

Que si, au contraire, la route n'a pas été supprimée, mais que dans une autre direction on en ait ouvert une seconde plus commode et plus facile pour les voyages et les transports; l'abandon de l'ancienne route par le service des postes, des messageries, du roulage, etc., etc., ne sera pas un cas légitime de plainte de la part du preneur. La multiplicité des communications est un besoin généralement senti; les mesures qui les favorisent sont appelées par tous les esprits sages. Il suit de là que le locataire de l'auberge a dû prévoir que des routes nouvelles pourraient être percées, et que les voyageurs et les transports pourraient prendre une autre voie (3).

Ce résultat peut se comparer à celui que produit la concurrence. Lorsque j'ai donné mon auberge à bail, il n'y en avait qu'une seule dans le village; le moulin que je vous ai loué n'avait pas de rival quand nous avons contracté ensemble; aujourd'hui, plusieurs hôtelleries ont été créées, plusieurs moulins se sont élevés et partagent les profits d'une industrie qui jadis était dans les mains d'un seul. Il n'importe. Il n'y a pas là cause de réclamation pour le fermier. La concurrence est une des chances naturelles et ordinaires de tout commerce. C'est ce que Pothier et Caroccius ont très-bien enseigné (4). On trouve à l'appui de cette doctrine un arrêt de la cour de Caen, du 19 mai 1838, rendu dans une espèce où le locataire d'une usine demandait la résiliation de son bail, parce que des procédés inventés pour la marche des nouvelles machines mettaient la mécanique de cette usine dans un état marqué d'infériorité et lui faisaient une concurrence qui entraînait des pertes. On pense bien qu'une telle prétention fut repoussée par la cour (5).

233. On s'appliquera donc, en pareil cas, à rechercher si l'événement qu'on attribue à la force majeure n'a pas été, au contraire, l'un de ceux que savent ordinairement prévoir les pères de famille diligents. Il en est un qui, dans toutes les spéculations industrielles, est le premier à frapper l'esprit des contractants. C'est la guerre. Les prévisions ne manquent jamais de se porter tout d'abord sur les obstacles que la guerre avec telle ou telle puissance pourrait apporter aux débouchés, et par suite à la production. Je pense donc qu'une déclaration de guerre, pendant la durée d'un bail d'usine, ne pourrait, sous prétexte des entraves qu'elle apporterait à la fabrication et à la vente, motiver une résiliation ou une diminution de canon. Ce n'est pas un événement imprévu en cette matière; ce n'est pas un cas fortuit.

234. Une troisième hypothèse se présente à nous.

La force majeure laisse subsister la chose et ses parties matérielles; mais elle en supprime la destination. Doit-elle être prise en considération?

Cette difficulté se résout par une distinction toute naturelle:

Ou la destination donnée à la chose est le fait du preneur seulement, ou elle a été convenue comme condition du bail.

Au premier cas, la force majeure qui change ou contrarie la destination n'est d'aucune considération.

Au second cas, elle n'incombe pas sur le preneur, et le locateur doit consentir à résilier ou à diminuer le canon.

---

(1) Un fermier de barrières ne peut se plaindre de changements apportés au tarif des douanes postérieurement à son bail et en demander de ce chef la résolution, lorsque ces changements diminuent la circulation de certaines marchandises, et affaiblissent par suite les produits de sa perception. L'adjudication d'une barrière forme entre le gouvernement et le fermier un contrat aléatoire. (10 août 1833, C. de Bruxelles; Jur. de Belg., 1834, 2, 488.) (*Édit. belge.*)

(2) *Louage*, no 152.

(3) L'adjudicataire d'une barrière établie sur une route qui sert de communication à un point vers lequel est également dirigé un canal ne peut prétendre à une indemnité contre le gouvernement qui a réduit le droit de navigation sur ce canal, en soutenant que cet abaissement du tarif a diminué considérablement la circulation par la route sur laquelle il exerce son droit de barrière, et lui a ainsi causé un préjudice notable. (11 avril 1835, C. de Brux.; Jur. de Belg., 1835, 2, 215.) (*Édit. belge.*)

(4) No 152.

(5) Sirey, 38, 2, 386.

Ainsi, je vous donne à bail un hôtel dans lequel vous me dites que vous voulez établir une maison de jeu. Si, après la passation du contrat, vous n'obtenez pas l'autorisation de la police pour ouvrir votre établissement, cette circonstance ne réagira pas sur moi ; quand même le prix du bail aurait été fixé à un taux plus élevé, à raison de la destination que vous vouliez donner à la chose, vous ne serez pas admis à exiger une diminution de prix, car je ne me suis pas engagé à vous faire obtenir l'autorisation ; ce n'est pas moi qui ai conçu l'idée de la destination que vous projetiez pour la chose louée. Cette destination était de votre part une circonstance toute volontaire et sur laquelle je n'ai pas entendu me lier. En un mot, je ne vous ai pas promis la jouissance d'une maison de jeu, je me suis obligé purement et simplement à vous faire jouir de mon hôtel, sauf à vous à l'employer comme vous voudriez, et même pour une maison de jeu. Or, cet hôtel, je vous l'ai livré, et rien n'en paralyse entre vos mains la possession et la jouissance. C'est ce que la cour de cassation a jugé avec raison par arrêt du 14 novembre 1827 (1).

L'avocat du défendeur, qui soutenait le système condamné par l'arrêt, invoquait à son aide l'exemple donné par Pothier du locataire d'une auberge dont les recettes se trouvent éteintes par la suppression de la route qui y conduisait les voyageurs, exemple que j'ai rapporté ci-dessus (2); mais cette citation était tout à fait inopportune, et je suis étonné que M. Duvergier ait pensé que la cour de cassation, en repoussant la doctrine qu'on plaidait devant elle, a par cela même condamné la doctrine de Pothier (3). Je pense que, contre son ordinaire, M. Duvergier n'a pas bien saisi la pensée de Pothier et la différence des deux espèces. D'abord, dans l'exemple pris à Pothier, la destination reste la même ; au contraire, dans celui de la maison de jeu, la destination est changée. Dans l'exemple de Pothier, la perte porte sur les produits ; dans le second, elle n'affecte les produits qu'après avoir supprimé la destination ; mais il y a quelque chose de plus : c'est que Pothier suppose que le bailleur a donné à bail une auberge, c'est-à-dire un établissement monté déjà sur le pied d'une hôtellerie ; qu'il s'est obligé, par conséquent, à faire jouir le preneur d'une auberge; tandis qu'ici, le bail est d'une maison et non pas d'un établissement de jeu !

Ainsi, si je vous loue une auberge toute montée et achalandée, une usine avec ses relations commerciales et son crédit, et qu'un événement de force majeure enlève à ces établissements leur destination (4), les promesses du bail seront trompées; vous ne jouirez plus d'une auberge, d'une usine, c'est-à-dire de la chose même donnée à bail ; car, en pareil cas, la destination est presque tout, ou du moins, elle est l'élément principal, dominant, déterminatif du contrat.

235. Vient maintenant notre 4e hypothèse.

La force majeure ne détruit pas la chose, mais elle fait cesser momentanément l'un de ses accessoires, c'est ce qui arrive lorsqu'une forte sécheresse tarit pendant le temps des chaleurs la source qui alimentait un moulin ; lorsqu'elle dessèche les pièces d'eau du jardin loué, etc., etc.

Pour décider si, dans ce cas, le preneur a droit à une réduction, il faut voir avant tout si la sécheresse qui a paralysé l'action de la force motrice, n'était pas une sécheresse annuelle et par conséquent non imprévue (5). Dans ce cas, il n'y aurait pas cas fortuit.

Il faudra voir aussi si la perte dont se plaint le preneur aura été considérable, ou bien si elle n'a pas été compensée par de larges bénéfices faits dans les années précédentes (6). Dans ce dernier cas encore les réclamations du fermier seront repoussées. C'est ce qu'a jugé la cour de Rouen, par arrêt du 21 juillet 1838 (6).

Il en serait de même si la sécheresse tarissait accidentellement des pièces d'eau réservées pour l'agrément. Ce serait une contrariété et non une perte.

Mais si, dans une année de sécheresse insolite et prolongée, un cours d'eau, ayant un volume d'eau à peu près constant, venait à éprouver une diminution tellement forte, que l'usine restât en chômage forcé pendant une partie notable de la campagne ; si, du reste, il était constant que dans les années précédentes les recettes du fermier ne se fussent pas élevées au-dessus du gain moyen prévu par les éventualités du bail ; dans ce cas, je pense avec M. Daviel (8), qu'il y aurait lieu à réduction du canon. L'art. 1722 du C. C., combiné avec les art. 1769 et suiv., conduit nécessairement à cette solution, aussi juste qu'équitable. Elle n'aurait fait aucun doute dans l'ancienne jurisprudence (9). Elle ne doit pas en faire aujourd'hui.

236. Voici enfin notre cinquième et dernière hypothèse.

Nous supposons que la force majeure s'appesantit sur un droit incorporel, qu'elle détruit en totalité, ou bien dont elle ne fait que suspendre les produits pendant un certain temps. On pressent que nous voulons parler du cas où un droit d'octroi ou un droit de péage donné à ferme, éprouve dans son existence ou dans ses revenus un événement de force majeure.

Ici encore même silence du Code civil que par le passé ! Mais mêmes principes supérieurs au Code civil, parce qu'ils sont donnés par la nature du contrat de louage.

Dans le premier cas, c'est-à-dire lorsque le droit incorporel a disparu en totalité par force majeure, on dirait vainement que l'art. 1722 n'est applicable qu'aux baux de maisons et de biens ruraux. Cet article a, en effet, le tort de ne s'occuper que du louage de ces sortes de biens. Mais on n'a pas besoin de lui pour décider que la perte du droit incorporel loué met fin au louage, par une nécessité irrésistible et patente. Ainsi, si par exemple, le pont sur lequel il y avait un droit de péage donné à ferme vient à s'écrouler, le contrat sera forcément dissous (10).

237. Mais qu'arrivera-t-il lorsque la force majeure n'enlèvera au fermier qu'une certaine portion de revenu pendant un trouble passager ?

En général, les baux d'octrois et de péages renferment des clauses qui chargent les fermiers de tous les cas fortuits ordinaires et extraordinaires. Mais si les

(1) Portant cassation d'un arrêt de Paris (Sirey, 28, 1, 3. D., 28, 1, 22). *Junge* M. Duvergier, t. 1, n° 529. Il donne des raisons que je n'approuve pas.

(2) N° 232.

(3) T. 1, n° 529.

(4) Par exemple si un établissement de produits chimiques insalubres était enlevé par la police à sa destination, parce que la ville s'est étendue de ce côté et qu'il ne se trouve plus à la distance voulue par les règlements.

(5) *Supr.*, nos 211 et 207.

(6) *Supr.*, n° 210. V. le texte de Caïus.

(7) Sirey, 39, 2, 94.

(8) *Des cours d'eau*, t. 2, n° 657, p. 185.

(9) Pothier, *Louage*, n° 143, 152.

(10) Médicis, part. 2, quæst. 8, n° 10. Destructo ponte, perditur jus exigendi pedagium à transeuntibus.

contrats étaient muets, il faudrait les interpréter avec les règles qui nous ont guidés jusqu'à présent.

Ainsi, si le fermier d'un octroi ne pouvait, par suite d'une sédition, percevoir les droits pendant un certain temps et qu'il démontrât que, tout calcul fait entre les bonnes et les mauvaises années, il éprouve une perte notable, il sera écouté dans sa demande en diminution de prix. « Amplio, dit Médicis, in conductore gabellarum : qui si, fortuito casu, fuerit impeditus, non imputatur ei, sed fiet remissio juxta « damnum passum (1). » Même doctrine dans les décisions de Guy-Pape (2).

C'est ce qu'a jugé la cour royale de Paris par arrêt du 11 mars 1834 (3). Lucas, adjudicataire du bail du marché aux chevaux pour la somme de 24.000 fr., avait le droit de percevoir sur chaque cheval une taxe déterminée. Lors de la révolution de juillet 1830, les marchands profitèrent du trouble inséparable d'une telle crise pour refuser de payer la taxe, les uns en totalité, les autres en partie.

Lucas se pourvut contre la ville de Paris pour obtenir une indemnité ou bien la diminution du prix du bail. Il succomba d'abord en première instance. Il n'est pas dû d'indemnité, disait le tribunal ; car, d'après l'art. 1725, le bailleur n'est pas tenu de garantir le preneur du trouble que des tiers apportent par voie de fait à sa jouissance sans prétendre d'ailleurs aucun droit sur la chose même. Il n'est pas dû non plus de diminution du prix ; car la ville de Paris n'a pas garanti à Lucas les produits de la chose. Il a été stipulé qu'il ne pourrait réclamer d'indemnité pour cause de non-valeur résultant, soit de l'intempérie des saisons, soit de diminution dans l'exposition des chevaux.

Mais sur l'appel de la cour : « Considérant que Lucas a éprouvé un dommage dans la jouissance de son bail; que la ville de Paris s'est engagée à faire jouir paisiblement son preneur ; que notamment dans les circonstances de la cause, la ville de Paris doit une indemnité à Lucas, infirme le jugement et condamne la ville de Paris à payer à Lucas 1,500 fr. »

Cet arrêt aurait pu être plus fortement motivé; mais il ne pouvait être mieux rendu au fond. L'article 1725, opposé par le tribunal de première instance, n'est pas applicable au cas de force majeure, aux troubles que des tiers apportent à la jouissance par suite de guerre, de sédition, de suspension désordonnée des lois, etc., etc. C'est ce qui fut déclaré positivement au conseil d'État par M. Tronchet, et il est étonnant qu'un tribunal aussi éclairé que le tribunal de la Seine s'y soit trompé (4).

Quant à l'autre objection, que le tribunal tirait de ce que la ville de Paris n'avait pas garanti à Lucas les produits de la chose, c'est à peine si on peut la comprendre. Est-ce que le bailleur n'est pas garant de la jouissance? est-ce qu'il n'a pas promis de faire jouir le preneur? et sur quoi donc est fondé l'art. 1722 tout entier, sinon sur un défaut de jouissance totale ou partielle, qui en définitive doit toujours retomber sur le bailleur?

La confusion dans laquelle le tribunal est tombé vient de ce qu'arrêté par la lettre de l'art. 1722 et des art. 1769 et suivants, il n'a probablement pas osé en argumenter, de crainte de sortir de l'espèce du procès. Mais quand on a étudié dans son ensemble le chapitre 2 du titre du louage, quand on s'est pénétré des défectuosités qu'il présente sous le rapport du classement et de la rédaction, on reste médiocrement touché de ses scrupules. Jamais l'ancienne jurisprudence, qu'il n'a certainement pas été dans l'intention du Code civil de modifier, n'a hésité sur de pareilles questions. Sans doute on a vu plus d'une fois des fermiers de droits incorporels succomber dans leurs prétentions en diminution de prix, parce que les clauses de leur contrat les soumettaient aux cas fortuits (5). Mais on n'a jamais nié le principe que nous avons enseigné, et qui émane des entrailles mêmes du contrat de louage.

238. Nous avons parcouru toutes les nuances diverses dans lesquelles le principe de l'art. 1622 vient se refléter. Il reste maintenant à parler des clauses par lesquelles le preneur peut se charger de la responsabilité des cas fortuits. Mais pour traiter ce point, nous aurions à transporter ici le commentaire des art. 1772, 1773. Il convient, par conséquent, de renvoyer nos éclaircissements au moment où nous serons parvenu à ces dispositions.

239. Comme le contrat de louage est un contrat commutatif de bonne foi, plusieurs jurisconsultes ont pensé que la même raison qui faisait diminuer le prix du bail, en cas de perte inopinée, devait le faire augmenter si des bénéfices majeurs et imprévus venaient enrichir le fermier. « Si fortuito casu, disait « Sébastien Médicis, redditus molendini fuerit auctus, augebitur et pensio, at æqualitas servetur (6). » Cette opinion, émise d'abord par Accurse, avait été fort en vogue parmi les glossateurs, et le plus grand jurisconsulte de cette école, Bartole, l'avait professée très-disertement dans ses Commentaires (7).

De nos jours, on a cité comme rentrant dans ce point de vue, un arrêt de la cour de Grenoble du 5 mars 1835 (8). Mais je doute qu'on en ait compris la véritable pensée. Il s'agissait du bail d'une carrière de pierres. En 1832, une ordonnance du roi avait ordonné que de nouveaux remparts seraient construits dans la ville de Grenoble; ce fut pour les fermiers de la carrière une occasion d'extraire et de débiter une quantité considérable de pierres, et de donner à leur exploitation une étendue qui leur procura d'amples profits. Les propriétaires réclamèrent, prétendant que la carrière allait être épuisée par des extractions qui dépassaient tous les besoins prévus jusqu'à ce jour, et ils demandèrent la résiliation ou une indemnité. La cour considéra qu'il serait souverainement injuste de laisser profiter le preneur seul, des bénéfices immenses résultant d'un événement imprévu, *qui épuiserait la carrière destinée, dans les prévisions communes des parties, à être exploitée longtemps encore après l'expiration du bail*, et attribuerait ainsi aux preneurs CE QUE LES CONVENTIONS SAINEMENT ENTENDUES *ne leur concèdent point et dont ils ne payent aucun prix*.

(1) Part. 1, q. 16, nº 27, *Junge* Ferret, Tract. *De gabellâ*, nº 299.

(2) Quæst. 630.

(3) Dall., 34, 2, 130.

(4) *Infr.*, nos 257, 261.

(5) V. dans Brillon, vº *Bail*, le détail d'un procès au grand conseil entre le concessionnaire du privilége des voitures de la cour et les fermiers de ce privilége.

(6) Part. 2, quæst. 10, nº 36.

(7) Sur la loi *Si merces*, § *Vis major*, D. *Loc. cond.* Il dit : « Nota quòd eadem est ratio lucri et damni, et sic si fuerit « multùm super lucratus colonus ex casu inopinato, debet augeri « pensio, ut hic glossa. » Puis il cite l'exemple d'un moulin, dont le revenu se serait accru hors de toute proportion par suite de la ruine des moulins voisins, nos 8 et 9.

(8) S., 35, 2, 310. D., 35, 2, 90. V. *Infr.*, nº 315, où je reviens sur cet arrêt.

En conséquence, la cour royale de Grenoble, tout en maintenant le bail, attribua aux propriétaires une part dans les bénéfices pour représenter leur droit de propriété.

Cet arrêt a été sévèrement critiqué par M. Duvergier (1). Mais je suis porté à penser qu'il a vu surtout dans cette décision ce qui n'y était foncièrement pas. M. Duvergier réduit tout l'arrêt à cette pensée fondamentale, savoir, que, puisque les cas fortuits qui diminuent considérablement les fruits sont pour le preneur une cause d'indemnité, par réciprocité, les événements inattendus qui les augmentent dans une grande proportion donnent au bailleur le droit d'obtenir un prix de location plus élevé. Je conviens que quelques expressions de l'arrêt inclinent vers cette opinion dont nous démontrerons tout à l'heure l'erreur. Mais ce n'est pas là la raison principale, l'idée mère de la décision. La cour a été frappée surtout de ce point : c'est que les preneurs outre passaient les limites de la jouissance prévue, et qu'ils s'étaient attribué ce que la convention ne leur donnait pas. Or, c'était là un point de fait, plutôt qu'un point de droit ; c'était une interprétation de volonté, puisée dans l'étendue de la convention plutôt que dans la pensée de la cour. On ne peut même se dissimuler que cette appréciation des faits n'eut une certaine apparence d'équité. Le preneur ne doit pas épuiser, au préjudice du propriétaire, la chose qu'il tient à bail ; il ne doit pas l'appauvrir au point de se mettre dans l'impossibilité de la rendre à fin de bail dans l'état où le contrat avait prévu qu'elle se trouverait. Quoi qu'il en soit, du reste, de la justesse de cet aperçu, dans lequel tout l'arrêt vient se renfermer (2), il n'en est pas moins vrai qu'il est autre que celui sur lequel M. Duvergier a fait porter ses critiques.

240. Reste à savoir, maintenant, si l'on doit prendre pour règle cette opinion des bartolistes, que les profits considérables du preneur donnent lieu à une augmentation de prix, de même que les pertes graves et importantes amènent une diminution de canon.

La négative est incontestable. L'on est surpris au premier coup d'œil que des jurisconsultes aussi imbus des lois romaines qu'Accurse, Bartole, Médicis, aient oublié leurs sages dispositions au point de se laisser entraîner dans une telle erreur.

Caïus avait prévu le cas de l'augmentation des profits du fermier, et voici ce qu'il en pensait (3) : « La force majeure ne doit pas porter préjudice au « preneur, quand elle est intolérable ; du reste, le « colon doit supporter sans se plaindre les pertes « modiques qui affectent les fruits, car les gains « très-considérables qui lui surviennent inopinément « ne lui sont pas enlevés ; *cui* IMMODICUM LUCRUM *non* « *aufertur!* »

Il est donc décidé par là, contre la règle ordinaire des contrats (4), que le gain et la perte ne sont pas gouvernés par le même principe d'égalité ; la perte considérable retombe sur le propriétaire ; le gain considérable profite au fermier.

L'école bartoliste avait vu dans ce résultat quelque chose qui choquait cet adage du droit : *Eadem debet esse ratio damni et lucri* (5). Aussi qu'avait-elle fait pour mettre le texte de Caïus d'accord avec le brocard ? Elle traduisait le mot *immodicum* par *valdè modicum*, prétendant que la particule *im* avait tantôt un sens négatif, tantôt un sens augmentatif, et qu'ici cette deuxième signification devait prévaloir ; mais l'on aperçoit bien vite qu'une telle interprétation n'était proposable qu'à une époque où la littérature était encore obscurcie par un reste des ténèbres de la barbarie ; aussi Paul de Castro, qui vint après Bartole, lorsque déjà les études auxiliaires du droit romain avaient fait des progrès signalés, repoussait-il comme une grave méprise ce tour de force grammatical d'Accurse (6).

Du reste, il n'y avait pas de quoi s'étonner de la décision de Caïus. Quoique le contrat de louage soit commutatif, il n'exige cependant pas une égalité mathématique toujours constante pendant l'entière durée du bail. Entre les deux points extrêmes qui marquent la limite des droits respectifs, tels que la volonté des contractants les a fixés dans l'origine, il y a des chances bonnes ou mauvaises qui peuvent déranger l'équilibre ; car dans tout ce qui a quelque durée en ce monde, il faut faire la part des événements imprévus ; mais ces chances ne sont pas à considérer, tant qu'elles ne renversent pas les fondements du contrat. Par exemple, une petite perte est un événement auquel le fermier a dû s'attendre, et qui laisse intacte sa position ; car il a su que les récoltes n'étaient pas toutes d'une incessante et égale fécondité. Ce n'est que lorsque les rapports des parties se trouvent compromis dans leur base par des événements fortuits, qu'il est juste de s'en inquiéter. Ainsi, si des pertes surviennent qui soient tellement considérables, que la jouissance du fermier s'en trouve affectée gravement, la loi et la justice viennent à son secours (7), car une des conditions du contrat manque, la convention devient en quelque sorte boiteuse ; le locateur qui avait promis de faire jouir, reste au-dessous de ses engagements ; il n'y a plus de jouissance lorsque les produits sont taris dans leur source. Donc la force majeure qui pèse toujours en définitive sur le propriétaire, doit rester à la charge du locateur, et les canons sont par conséquent diminués ; mais si des bénéfices énormes viennent enrichir le fermier, il n'y a plus les mêmes raisons de se prononcer par réciprocité en faveur du locateur. Le contrat n'a éprouvé aucune altération dans ses éléments ; les positions restent telles qu'elles ont été fixées dans l'origine : le locateur avait promis de faire jouir le fermier. Eh bien ! que fait le fermier sinon jouir et profiter des bénéfices naturellement attachés à la jouissance ? C'est ce qui faisait dire au président Favre, d'après Paul de Castro : « *Conductor habet per* « *se contractum, et ex contractu, jus percipiendorum* « *fructuum quanticumque sint ; nec aliter fuerat* « *contracturus* (8).

La loi romaine dont j'ai cité plus haut le texte, a échappé à l'attention de M. Duvergier, qui, comme moi, n'admet pas l'augmentation du canon. A défaut d'autorité, il se livre à une argumentation qui peut se résumer ainsi : Le conducteur ne doit subir aucune surtaxe en cas de bénéfices considérables ; car, de droit, il ne peut prétendre à aucune diminution du canon, en cas de pertes majeures. Si les articles 1769

(1) T. 1, n° 464.

(2) *Infr.*, n° 315.

(3) L. 25, § 6, D. *Loc. cond.*

(4) V. la règle posée dans la loi 10, D. *De regulis juris. Infr.*, n° 717.

(5) Tiré de la loi 10, D. *De reg. juris*, et de la loi pénult. au C. *De solutionib.*, l. 33, D. *Ad S. C. Trebell.*

(6) V. là-dessus le présid. Favre, *Ration. ad Pand.* Sur la loi 15, § 6, D. *Loc. cond.*

(7) *Inf.*, n° 698.

(8) *Loc. cit.* Il cite comme argument la loi 16, C. *De omni agro deserto.*

et suivants viennent en aide au fermier des biens ruraux, ce n'est qu'une exception qu'il ne faut pas étendre hors de son espèce. C'est l'effet d'un mouvement d'équité favorable aux cultivateurs, mais contraire à la nature du contrat de louage (1)!

Nous ne saurions adopter un tel système. Il est en opposition avec tous les principes reçus jusqu'à ce jour (2). Les auteurs classiques, le président Favre, par exemple, en sont si éloignés, qu'ils vont jusqu'à penser qu'en droit strict, la perte minime des fruits devrait retomber sur le maître, et que ce n'est que par équité qu'il en est déchargé, en considération des gros bénéfices que le fermier peut faire dans le cours de son bail (3). D'ailleurs, je ne vois pas qu'il fût nécessaire à M. Duvergier de se laisser entraîner dans cette thèse périlleuse, pour arriver à un résultat qui trouve dans d'autres raisons sa pleine justification. Cafus n'avait pas procédé ainsi : suivant lui, ce n'est pas parce que le fermier n'a pas droit à être diminué, qu'il ne peut pas être surtaxé, c'est quoiqu'une diminution lui soit acquise en cas de sinistre majeur!

M. Duvergier est tombé à son insu dans l'erreur des bartolistes; il a comme eux fait une vicieuse application du brocard : *Eadem est ratio lucri et damni;* il a étendu cette règle à un cas qui, d'après les sources les plus pures du droit, la repousse formellement. Vainement, au reste, on se prévaudrait, dans l'opinion contraire à la surtaxe, de l'arrêt de la cour de cassation que j'ai rapporté au n° 234. Quoi qu'en dise M. Duvergier, cette décision n'offre pas même la possibilité d'un argument *à contrario;* elle ne porte pas que le locateur qui perd par force majeure des avantages que le bail lui assurait, n'a pas droit à une diminution de prix; elle repose sur une tout autre idée, savoir que, dans l'espèce, le bailleur ne s'était pas engagé à faire jouir le preneur d'une maison de jeu, et qu'ainsi il était indifférent pour lui que l'autorité supérieure n'eût pas permis au preneur d'ouvrir un établissement de cette espèce.

ARTICLE 1723.

Le bailleur ne peut, pendant la durée du bail, changer la forme de la chose louée.

SOMMAIRE.

241. Transition. Du trouble que le bailleur fait éprouver au preneur en changeant la forme de la chose louée.
242. Exemples de pareils troubles.
243. Le changement partiel dans l'état des lieux est prohibé par l'art. 1723.
244. Réfutation d'une opinion de Pothier.
245. Le consentement du locataire au changement de forme fait cesser l'art. 1723.

COMMENTAIRE.

241. L'art. 1723 s'occupe du cas où le bailleur apporterait un trouble à la jouissance du preneur, en changeant, par son fait, la forme de la chose louée.

Il ne s'agit plus ici de troubles provenant de cas fortuits ou du vice même de la chose. L'art. 1723 nous reporte au principe dont nous avons donné déjà le développement aux n° 184, 185 et suiv. Le bailleur a contracté l'engagement de faire jouir le preneur. Responsable envers lui de la force majeure, combien à plus forte raison ne doit-il pas être tenu de ses faits personnels? Le bailleur doit donc laisser à la chose louée la forme qu'elle avait lors du contrat. S'il prétend la changer contre le gré du preneur, celui-ci a une action en résiliation ou en dommages et intérêts.

242. Ainsi, le propriétaire n'aurait pas le droit de convertir une terre labourable en prairie ou en bois; le fermier serait fondé à s'opposer à ce changement. Car, par le bail de son immeuble, le locateur a contracté l'obligation de laisser les choses dans l'état où la convention les a trouvées (4).

243. Il ne serait même pas nécessaire que la forme de la chose fût changée ou affectée en totalité. Un changement partiel qui nuirait au preneur pourrait être repoussé par lui. Ainsi, si le propriétaire bouchait des fenêtres (5), il s'exposerait aux justes réclamations du locataire. Il en est de même s'il voulait agrandir sa maison ou l'élever d'un étage. Ce dernier cas s'est présenté devant la cour royale de Bordeaux, et par arrêt du 26 juillet 1831 il a été jugé suivant les vrais principes (6).

244. Pothier pense cependant que si le changement de forme portait sur une partie peu considérable de la chose, et que le propriétaire y eût un intérêt réel, il pourrait opérer les modifications en indemnisant le fermier.

Sans doute les juges seront toujours maîtres de voir si la plainte du fermier ou du locataire ne repose pas sur un désir de tracasser le propriétaire qui n'a porté aucun préjudice à leur jouissance, et ils repousseront des vexations mesquines, condamnées par la pensée qui a dicté notre article.

Mais en général il ne faudra pas accorder au propriétaire des ménagements et des faveurs dont le fermier aurait à souffrir. Pothier va trop loin, ce me semble, dans le tempérament qu'il apporte à la règle que le Code a puisée dans ses écrits. Il suppose que le changement occasionnera un dommage au fermier, puisqu'il propose de l'indemniser; et cependant, sous prétexte que ce changement est utile au

(1) T. 1, n° 404.
(2) *Supr.*, n° 203.
(3) « Igitur, damnum omne quod in fructibus fundi locati, antequam percepti sint, contingit, *ad locatorem solum*, tanquam ad dominum, SUMMO JURE, pertinere deberet, *nisi ratio* ILLA ÆQUITATIS *contrà conductorem faceret pro locatore.* » *Loc. cit. Infr.*, n° 283.
(4) Pothier, *Louage*, n° 75.
(5) *Supr.*, n° 186.
(6) D., 31, 2, 255. *Infr.*, n° 248.

propriétaire, il veut qu'il s'exécute malgré le bail. Cette doctrine n'est plus admissible sous le Code civil. Quelque respectables que soient les droits du propriétaire, ceux du fermier méritent une égale protection, et les magistrats ne doivent pas se laisser aller à d'injustes préférences (1).

245. Du reste, toute difficulté disparaîtrait si le locataire avait donné son consentement au changement total ou partiel.

Mais remarquez que si la matière excédait 150 fr., la preuve de consentement ne pourra être faite que par écrit (2).

Article 1724.

Si, durant le bail, la chose louée a besoin de réparations urgentes et qui ne puissent être différées jusqu'à sa fin, le preneur doit les souffrir, quelque incommodité qu'elles lui causent, et quoiqu'il soit privé, pendant qu'elles se font, d'une partie de la chose louée.

Mais si ces réparations durent plus de 40 jours, le prix du bail sera diminué à proportion du temps et de la partie de la chose louée dont il aura été privé.

Si les réparations sont de telle nature qu'elles rendent inhabitable ce qui est nécessaire au logement du preneur et de sa famille, celui-ci pourra faire résilier le bail (3).

SOMMAIRE.

246. Transition.
Des réparations urgentes qui doivent être faites pendant la durée du bail.
247. Conditions pour qu'elles ne donnent pas sujet de plainte au preneur.
Première condition. Urgence. Conciliation de l'article 1724 avec l'art. 1722.
248. Ce qu'on entend par *urgence*. Mais s'il n'y a pas urgence, le locataire est fondé à se plaindre des réparations faites malgré lui. Il peut même demander des dommages et intérêts.
249. 2e *condition*. Il faut que les travaux ne durent pas plus de 40 jours.
250. 3e *condition*. Il faut qu'elles ne rendent pas inhabitable la maison louée.
251. Et, dans ce cas, il n'est pas nécessaire que la privation totale dure 40 jours.
252. Mais dans tous les cas où il y a urgence, soit que les travaux durent plus de 40 jours, soit qu'ils privent le locataire de toute la maison, ce dernier n'a pas droit à des dommages et intérêts.
Exception.
253. Manière de calculer la diminution du prix quand les travaux ont duré plus de 40 jours.
254. L'art. 1724, malgré la rubrique, s'applique à toutes les espèces de baux.

COMMENTAIRE.

246. Du principe posé par les art. 1719 et 1720, savoir, que le bailleur doit, pendant la durée du bail, entretenir la chose louée et y faire toutes les réparations nécessaires, il suit que le preneur, dont elles viennent assurer et faciliter la jouissance, est tenu de les souffrir. Quelle que soit l'incommodité qu'elles lui causent, et bien qu'il soit privé pendant qu'elles se font d'une partie de la chose louée, il n'y a pas là un trouble donnant ouverture à des réclamations. *Aliud incommodum, aliud damnum*. Je cite les paroles du président Favre sur ce sujet (4). Tout au contraire, c'est la stricte exécution des promesses du bail (5). « Cette règle, disait M. Mouricault dans son rapport « au tribunat, cette règle, établie par la jurisprudence, est avec raison adoptée par le projet, parce « que le locataire, en acceptant le bail, a dû savoir « qu'il pourrait survenir des dégradations à la chose « louée; qu'elles pourrait lui occasioner de l'embarras; que cependant il serait nécessaire d'y pourvoir; qu'il serait même intéressant pour lui qu'on « ne les négligeât pas, parce qu'il a dû déterminer, « d'après ces considérations, le prix qu'il lui convenait « de donner (6). »

247. Mais pour que le preneur garde le silence, trois conditions sont nécessaires d'après notre article : La première, que les réparations soient urgentes.

La seconde, que les réparations ne dépassent pas une certaine durée, 40 jours;

La troisième, qu'alors même qu'elles dureraient moins de 40 jours, elles ne privent pas le locataire de la totalité de la chose.

La première condition est, disons-nous, que les réparations soient urgentes, et qu'elles ne puissent être différées jusqu'à la fin du bail. Si elles ne sont pas commandées par une absolue nécessité, le preneur qui craint d'être gêné dans l'exercice de son droit, peut s'opposer à leur confection (7). Comme c'est dans son intérêt seul que le bailleur les entreprend, il est maître de renoncer à un avantage de sa position. Mais si l'état des lieux exige que des travaux de conservation ou d'entretien soient faits sur-le-champ, afin de ne pas compromettre l'existence même de la chose louée,

(1) *Junge* M. Duranton, du *Louage*, n° 65. M. Duvergier, t. 1, n° 307.
(2) Bordeaux, 26 juillet 1831 (D., 31, 2, 255).
(3) Emprunté à Pothier, *Louage*, n° 77.
(4) *Ration.*, sur la loi 27, D. *Loc. cond.*
(5) Pothier, n° 77, M. Galli, orat. du gouvernement. Fenet, t. 14, p. 313. Locré, t. 7, p. 193, n° 7.
(6) Fenet, t. 14, p. 325, 326. Locré, t. 7, p. 199, n° 8.
(7) Pothier, 78.

le preneur ne saurait plus demander que ces ouvrages fussent différés jusqu'à la fin du bail. L'urgence est une loi qui oblige le bailleur à agir, et le preneur à supporter l'incommodité des réparations.

Mais, dira-t-on peut-être, l'urgence, quelque impérieuse qu'elle soit, n'est pas plus puissante que la force majeure. Or l'art. 1722 nous a montré le preneur affranchi par la loi du contrat de la force majeure. Pourquoi en est-il autrement ici? Pourquoi le preneur, en se prévalant de l'art. 1722, ne pourrait-il pas réclamer, dans tous les cas, une diminution de prix, lui qui subit une diminution de jouissance? Enfin n'y aurait-il pas défaut d'harmonie entre l'article 1722 et l'art. 1724?

Cette objection repose sur de trompeuses ressemblances. La force majeure dont parle l'art. 1722 est celle qui détruit; au contraire, la nécessité dont s'occupe l'art. 1724 est celle qui répare; la première porte dommage; la seconde le prévient. Quand le preneur vient au secours du locataire, ce dernier aurait-il bonne grâce à se placer dans un cas où il est victime d'événements désastreux? Nous verrons d'ailleurs que, lorsque les réparations dépassent une certaine limite de durée et d'importance, la loi, fidèle à l'art. 1722, accorde au preneur un recours équitable. Il assimile à la force majeure des travaux qui, par leur prolongation, sont mêlés de dommage pour le preneur (1). Mais dans tous les autres cas celui-ci doit souffrir avec patience une incommodité momentanée pour arriver à un plus grand bien. « Modicam incommoditatem conductoris, disait le président Favre, « non debet inducere mercedis remissionem, sed « eam tantum quæ magna sit. *Nec enim tam delicatus debet esse conductor* ut nullam prorsùs incommodi partem subire velit (2). »

248. L'urgence se mesure, du reste, d'après les circonstances. Notre article, pour mieux faire comprendre ce qu'il entend par réparations urgentes, indique que ce sont celles qui ne peuvent être différées jusqu'à la fin du bail. En effet, elles ne seraient pas urgentes si elles étaient susceptibles d'ajournement.

Si donc le propriétaire ne faisait les réparations, pendant la durée du bail, que pour mettre sa maison en état d'être relouée sans interruption à la sortie du locataire, celui-ci serait écouté dans ses plaintes; quand même les réparations seraient nécessaires, si elles n'étaient pas urgentes, il trouverait dans notre article un secours efficace pour ne pas supporter les inconvénients ou les désagréments dont le bailleur voudrait se décharger sur lui (3); c'est ce qu'a jugé la cour de Bordeaux dans une espèce que j'ai rapportée au n° 243. Le propriétaire avait fait exhausser sa maison d'un étage, et sous prétexte de la nécessité de ce travail il cherchait à se placer sous l'influence de l'art. 1724. Mais un tel système fut repoussé comme il le méritait.

Je pense même que si le bailleur avait fait faire, contre le gré du preneur, des travaux non urgents, il serait passible de dommages et intérêts; c'est la décision d'Africain (4) et de Cujas, son commentateur et son égal (5). Ainsi je me rends principal locataire de votre maison, et je sous-loue les appartements en détail avec un bénéfice. Mais vos travaux intempestifs troublent ma jouissance, et mes sous-locataires incommodés me quittent avant le temps. Outre la diminution des loyers, et même la résiliation du bail, vous devez me dédommager du gain que j'aurais fait avec mes sous-locataires (6).

249. La seconde condition exigée par notre article, pour que le preneur garde le silence, c'est que les réparations ne dépassent pas une certaine mesure de durée. Il ne fallait pas mettre le preneur à la discrétion du bailleur, et laisser celui-ci éterniser impunément les travaux. Le Code a suivi le tempérament établi autrefois par la jurisprudence du Châtelet (7). Si donc les réparations durent plus de 40 jours, le prix du bail sera diminué à proportion du temps et de la partie de la chose louée dont le preneur aura été privé.

250. Il y a plus! C'est que si les réparations sont de telle nature qu'elles rendent inhabitable la partie de maison dans laquelle le locataire et sa famille se sont réfugiés, celui-ci peut faire résilier le bail; car il y a alors privation totale de la chose; il y a impossibilité que le bail subsiste, par défaut d'objet; et dès lors on rentre dans une espèce de force majeure qui rappelle la disposition de l'art. 1722 (8).

251. Mais est-il nécessaire que la privation dont parle le § dernier de notre article ait duré 40 jours? Non sans doute. Toute l'économie de l'art. 1724 vient justifier cette solution.

Dans le 1er §, après avoir soumis le locataire à subir les réparations sans se plaindre, il ajoute une phrase qui indique que dans sa pensée il ne s'agit que des réparations qui ne doivent faire subir à ce même locataire qu'une *incommodité* ou une *privation partielle* de la chose. Quant à celles qui doivent priver le locataire de la totalité de la chose, il ne s'en occupe pas encore; ce sera l'objet du 3e §.

Dans le 2e § qui, dans le cas où les réparations se prolongent au delà de 40 jours, ouvre une action en réduction au locataire; le législateur suppose encore que la privation est partielle; car il proportionne la réduction du prix à la partie de la chose enlevée au preneur. Ainsi il est clair que ce § ne subordonne l'action en réduction à la condition de la prolongation des travaux au delà de 40 jours, qu'autant qu'il y a simple incommodité et privation partielle.

Maintenant vient le § dernier. Ici il s'agit de quelque chose de plus grave. Le législateur n'a plus en vue une incommodité dans la jouissance : c'est une impossibilité de jouir. Il ne s'occupe plus d'une privation partielle qui laisse au preneur un asile dans la maison louée : c'est une privation absolue, totale, qui enlève au locataire tout refuge. Évidemment les deux paragraphes qui précèdent ne gouvernent pas cette hypothèse, et les conditions qu'ils imposent ne doivent pas être transportées dans le dernier paragraphe (9). Le contraire semblerait résulter cependant du rapport de M. Mouricault (10); mais je crois qu'il y

(1) Cujas, sur la loi 35, D. *Loc. cond.* (ad African., tract. 8).

(2) *Rat. ad Pand.*, sur la loi 17, D. *Loc. cond.*, que l'on doit consulter ici.

(3) Pothier, n° 79, l. 35 et 30, D. *Loc. cond.* M. Duverg., t. 1, n° 298.

(4) L. 35, D. *Loc. cond.*

(5) Aut non necessariò ædes demolitus est, sed quod meliùs fortè ædificare velles, et hoc casu *teneris in id omne quod conductori interest; in quo* ETIAM LUCRUM *continetur* (sur la loi 35, ad Afric., tract. 8).

(6) Africain et Cujas, *loc. cit.*

(7) Denisart, v° *Bail*. Répert., v° *Bail*, § 6, n° 15. Pothier, n° 77.

(8) V. l'art. 2670 du C. de la Louisiane, dans la *Conférence* de M. de Saint-Joseph, p. 91. Code prussien, art. 299 (*loc. cit.*). Code autrichien, art. 1119 (*loc. cit.*).

(9) M. Duranton, du *Louage*, n° 67. M. Duvergier, t. 1, n° 300.

(10) Fenet, t. 14, p. 316. Locré, t. 7, p. 200, n° 8.

a plutôt obscurité dans l'expression qu'erreur dans la pensée.

252. Du reste, le preneur n'a pas droit à des dommages et intérêts. M. Mouricault en faisait l'observation fondée (1). La nécessité et l'urgence sont l'excuse du bailleur. Il obéit à une loi impérieuse, celle de la conservation de la chose.

Ce n'est qu'autant que, par sa faute (argum. de l'art. 605 C. C.), il aurait laissé l'immeuble se détériorer, que le locataire pourrait réclamer une indemnité (2). Mais ce serait à ce dernier à prouver que le bailleur a été négligent, et qu'il a mis un retard répréhensible à remplir les obligations que lui imposaient les art. 1719 et 1720.

253. Pour calculer la diminution de loyer proportionnelle à laquelle le locataire a droit, lorsque les réparations ont duré plus de 40 jours, il ne faut pas compter les 40 jours de grâce que la loi accorde au bailleur. C'est pour la privation qui dépasse ces 40 jours que la loi donne une indemnité, et non pas pour l'incommodité qui se trouve renfermée dans ce délai. L'opinion contraire, enseignée par M. Delvincourt (3) et, d'après lui, par M. Duvergier (4), me paraît trop sévère et peu en harmonie avec les tempéraments échelonnés par notre article. M. Delvincourt objecte que si les réparations durent 60 jours, et qu'on ne règlant l'indemnité que sur les 20 jours excédant les 40, on arrivera à ce résultat bizarre que le locataire obtiendra une diminution de 20 jours, tandis que la loi suppose qu'une diminution de 10 ne vaut pas la peine d'être faite. Mais ce raisonnement ne me touche pas. Sans doute, 40 jours d'incommodité ne sont pas à considérer quand les réparations doivent finir à ce terme; mais si elles s'étendent au delà, tous les jours qui suivent sont autant de causes de dommage dont le bailleur doit être tenu. Il n'y a là dedans rien que de très-facile à comprendre et à expliquer. Au contraire, le système de M. Delvincourt choque la raison. Quoi donc? la loi ne voit aucune faute, aucun principe de dédommagement dans les travaux renfermés dans l'espace de 40 jours! Est-ce que sa juste tolérance sera effacée parce que le travail se sera prolongé au delà! Que l'excédant soit cause d'indemnité, rien de plus juste; mais les 40 premiers jours sont des jours de franchise. Pourquoi vouloir en priver le bailliste? Où est le texte qui le condamne?

254. Quoique l'art. 1724 soit placé sous la rubrique des baux de maisons et de biens ruraux, il s'applique à toutes les choses qui sont susceptibles de réparations pendant la durée d'un bail, par exemple, à une usine, à une machine, etc., etc.; mais on n'en prendra cependant que ce qui sympathise avec les baux de ces espèces de choses (5).

Article 1725.

Le bailleur n'est pas tenu de garantir le preneur du trouble que des tiers apportent par voie de fait à sa jouissance, sans prétendre d'ailleurs aucun droit sur la chose louée; sauf au preneur à le poursuivre en son nom personnel.

Article 1726.

Si, au contraire, le locataire ou le fermier ont été troublés dans leur jouissance par suite d'une action concernant la propriété du fonds, ils ont droit à une diminution proportionnée sur le prix du bail à loyer ou à ferme, pourvu que le trouble et l'empêchement aient été dénoncés au propriétaire.

Article 1727.

Si ceux qui ont commis les voies de fait prétendent avoir quelque droit sur la chose louée, ou si le preneur est lui-même cité en justice pour se voir condamner au délaissement de la totalité ou de partie de cette chose, ou à souffrir l'exercice de quelque servitude, il doit appeler le bailleur en garantie, et doit être mis hors d'instance, s'il l'exige, en nommant le bailleur pour lequel il possède.

SOMMAIRE.

255. Transition. Division de la matière. Du trouble provenant du fait des tiers.
256. *Premier point*. Du trouble occasionné par des tiers qui n'ont pas de prétentions sur la chose.
257. Modification apportée par l'art. 1725 à la doctrine de Pothier. Le preneur est responsable de la perte, dans tous les cas, si ce n'est lorsque le fait est un fait de force majeure.
258. Conciliation de l'art. 1725 avec l'art. 1719.
259. Exemples des troubles prévus par l'art. 1725.
260. Suite.
261. Exemple où le trouble dégénère en cas fortuit et de force majeure.
262. Le preneur n'est chargé de la responsabilité qu'autant qu'il a été mis en possession.
263. Il n'est chargé de poursuivre les auteurs des troubles qu'autant que ceux-ci ne prétendent pas droit sur la chose.
264. Il suit de là qu'il ne peut trouver dans l'art. 1725 le principe d'une action possessoire.

(1) *Loc. cit.*
(2) M. Delvincourt, t. 3, note, p. 189, n° 4; in-8°, t. 7, p. 218. M. Duvergier, t. 1, n° 302.
(3) T. 3, p. 189, note, n° 4; in-8°, t. 7, p. 218.
(4) T. 1, n° 302.
(5) M. Zachariæ, t. 3, p. 2, § 362.

COMMENTAIRE.

255. Le législateur s'est occupé jusqu'à présent du trouble que le preneur peut éprouver, ou par force majeure, ou par le fait du bailleur, ou par le vice de la chose. Les art. 1725, 1726, 1727, traitent d'une autre cause de trouble, de celui qui provient du fait des tiers. Cette matière se divise en deux points principaux : troubles apportés par des individus qui ne prétendent aucun droit sur la chose louée (1725); troubles ayant pour cause des prétentions élevées par des tiers sur la propriété de cette même chose (1726, 1727).

256. Occupons-nous du premier point de vue.

L'art. 1725 décharge le bailleur du trouble de fait, c'est-à-dire des dommages occasionnés par des tiers qui ne prétendent aucun droit sur la chose. Il se contente de donner au fermier une action contre les auteurs du dégât.

Cette disposition a été empruntée dans son idée principale à Pothier (1).

Mais ce jurisconsulte modifiait sur-le-champ sa doctrine par un tempérament pris de l'influence de la force majeure sur le bail, et il enseignait que si l'action du fermier était inefficace, soit par l'effet de l'insolvabilité des défendeurs, soit parce que les auteurs du trouble étaient inconnus, ce même fermier était fondé à se faire décharger d'une portion proportionnelle du prix, « de même, ajoutait-il, que dans les « cas où il a été empêché de jouir par une force majeure qu'il n'a pu empêcher. »

Ce système était peut-être équitable. Le preneur est le gardien de la chose; c'est donc à lui qu'il appartient de diriger les actions contre les faits qui, sans affecter le fond du droit, trompent sa surveillance; car ses actions sont en quelque sorte attachées à la jouissance dont il a été investi. Néanmoins, s'il ne peut obtenir de réparation par des causes indépendantes de sa volonté, il y a pour lui défaut de jouissance, et la perte retombe sur le bailleur.

257. L'art. 1725 n'a pas adopté cette limitation. Pour connaître les motifs de ce dissentiment avec Pothier, consultons la discussion du conseil d'État.

Dans le projet de Code, l'art. 32 (aujourd'hui l'art. 1725) se terminait par cette phrase : « Sauf au « preneur à demander, s'il y a lieu, une diminution « du prix, suivant ce qui est dit à l'art. 70 (l'article 1726) (2). »

MM. Lacuée et Regnaud réclamèrent contre cette disposition finale. M. Lacuée soutint qu'il y avait contradiction à décharger le bailleur de toute garantie et d'autoriser cependant celui-ci à réclamer une diminution de prix. M. Regnaud ajouta que le renvoi à l'art. 70 contredisait le principe de l'art. 32; car le bailleur deviendrait responsable des vols et des coupes faites furtivement par des tiers sur les terres données à ferme. A ces observations, il y avait une réponse bien simple : c'est que l'article discuté n'était pas plus en contradiction avec lui-même que ne l'était sous l'ancien droit la doctrine de Pothier dont cet article émanait, et que le recours en diminution de prix limité à certaines éventualités dommageables, se conciliait à merveille avec l'affranchissement de l'obligation de garantir, obligation bien plus large, bien plus compréhensive que celle d'accorder une réduction (3); mais cette réponse ne fut pas faite, et M. Tronchet se hâta de prendre la parole pour dire *qu'il n'est dû de diminution sur le prix que lorsqu'une partie de la récolte a été détruite par des événements de force majeure, tels que ceux de guerre* (4). En conséquence, le paragraphe fut retranché!

Il faut donc le reconnaître, l'art. 1725 s'écarte avec connaissance de cause de la théorie de Pothier. Les troubles de fait apportés par des tiers restent à la charge du preneur, quoiqu'ils amoindrissent sa jouissance, et c'est à ce dernier à en obtenir la réparation à ses risques et périls. Un seul cas fait exception à cette règle, c'est celui de force majeure qui, bien que

(1) No 81.
(2) Fenet, t. 14, p. 222. Locré, t. 7, p. 164, no 24.
(3) V. mon Comm. de la *Vente*, nos 480, 487, 502.
(4) Fenet, t. 14, p. 245, 246. Locré, t. 7, p. 164, no 24.

non réservé dans notre article, y demeure sous-entendu, soit d'après l'observation de M. Tronchet, soit par la force de l'art. 1722.

258. Quelques jurisconsultes ont pensé que l'article 1725 porte une sorte d'atteinte au principe de l'art. 1719; que la disposition proposée au conseil d'État se liait beaucoup mieux avec l'obligation du bailleur de faire jouir *paisiblement* le preneur. On peut objecter cependant, pour le justifier, que les troubles dont s'occupe l'art. 1725 proviennent en général d'un défaut de surveillance imputable au preneur: qu'étant le gardien de la chose, il est juste qu'il prenne à sa charge des dégâts qu'une vigilance plus active aurait pu prévenir; qu'il s'agit d'ailleurs, en général, de dégâts qui ne produisent pas un de ces préjudices énormes que la loi prend en considération pour venir au secours du fermier; qu'enfin il peut toujours se défendre en établissant que le trouble trouve sa cause dans la force majeure. On peut ajouter ce rapprochement : le droit romain ne donnait jamais d'action au fermier pour agir contre les tiers qui enlevaient ou dévastaient les fruits de l'immeuble, par la raison qu'il n'était pas propriétaire des fruits tant qu'il ne les avait pas récoltés; c'était le maître qui devait agir, parce qu'avant la perception, la propriété des fruits reposait sur sa tête. Eh bien ! le recours du fermier contre lui était limité à la restitution de ce que l'action dirigée contre le tiers avait procuré au maître. « Colonus, disait Ulpien, conducti actione con« sequetur, *ut id ipsum sibi præstaretur* (1). » D'où il suit que, si l'action était inefficace, le fermier n'avait rien à réclamer, et que même le bailleur pouvait se libérer envers lui en lui cédant ses actions (2). Or, le résultat est aujourd'hui le même, si ce n'est que l'action, au lieu d'être intentée par le maître, avec charge d'en rendre compte au fermier, est portée directement par celui-ci contre les tiers!

259. Ainsi si des animaux s'échappent de la garde du berger et viennent paître dans les prés de la ferme, si des voleurs enlèvent dans la vigne des paniers de raisin, si des gens malintentionnés jettent dans les étangs des substances vénéneuses qui nuisent au poisson; dans tous ces cas, le preneur n'aura rien à réclamer contre le bailleur; il n'aura d'action que contre les auteurs de ces voies de fait (3).

260. Parmi les exemples de troubles qui restent à la charge du preneur, on doit ranger les maraudages causés par un régiment qui traverse la contrée (4).

261. Mais il en serait autrement si le dégât, prenant un caractère plus grave, pouvait être rangé dans la classe d'un acte d'hostilité, d'un ravage de guerre, d'une invasion redoutable de voleurs attroupés (5). Il y aurait alors force majeure, et exception par conséquent à l'art. 1725 (6). C'est pourquoi nous avons fait remarquer ci-dessus, n° 257, l'erreur d'un jugement du tribunal de la Seine, qui avait cru trouver dans notre article un obstacle à l'action en réduction de loyer intentée par un preneur que les désordres occasionnés par des tiers pendant la révolution de juillet avaient privé d'une partie des produits de la chose.

262. Lorsque l'art. 1725 a chargé le preneur de la responsabilité et de la poursuite des troubles de fait, il a supposé qu'il était en possession. Mais si la délivrance ne lui a pas encore été faite, rien ne l'oblige à prendre l'initiative pour faire cesser l'obstacle. Il peut même agir contre le bailleur pour faire prononcer la résiliation, si celui-ci ne lui procure pas les effets du contrat (7).

263. Mais supposons maintenant que le preneur soit en possession de la chose; ne perdons pas de vue que, bien que l'art. 1725 le charge de poursuivre en son nom personnel les auteurs des troubles, c'est à la condition que ces individus ne prétendront sur la chose aucun droit. Car, dans ce cas, les art. 1726 et 1727 tracent une marche différente à suivre.

264. Il suit de là que l'art. 1725 ne saurait légitimer de la part du fermier une action possessoire contre des tiers. Car tout débat sur le possessoire suppose une prétention à un droit sur la chose. Resterait à savoir si, à défaut de l'art. 1725, le conducteur ne trouverait pas dans la nature de son droit le principe de l'action possessoire. Mais c'est un point que nous traiterons un peu plus tard.

265. Arrivons à notre deuxième point, et mettons le fermier en présence de tiers qui élèvent des prétentions sur la chose.

Ces prétentions peuvent toucher ou à la propriété et à ses démembrements, ou à la possession. Elles constituent ce que l'on nomme le trouble de droit. Elles peuvent se traduire en actes judiciaires, en demandes portées devant les tribunaux contre le fermier. Pothier les appelle alors *troubles judiciaires* (8).

Ou bien le tiers peut se tenir sur la défensive, laissant au fermier qu'il a dépossédé le soin de se faire rendre justice, ainsi qu'il avisera. Nous examinerons successivement ces deux hypothèses.

266. Lorsque le preneur est troublé par une action concernant la propriété du fonds, il a à choisir entre deux partis. Le premier, c'est, d'une part, de dénoncer le trouble au propriétaire; et, d'autre part, de requérir contre le demandeur sa mise hors d'instance, en nommant celui pour qui il possède (9).

267. La raison pour laquelle il lui est loisible de se faire tirer des qualités, c'est que le droit de propriété sur lequel le débat est engagé ne lui appartient pas; c'est qu'alors même que la contestation roule sur la simple possession, c'est au bailleur et non à lui à soutenir le litige; car il possède pour le bailleur, et sa possession n'est qu'une possession d'emprunt (10).

Ainsi, supposons qu'un fermier soit assigné en délaissement de l'héritage dont il jouit, il lui suffira d'indiquer au tiers qui l'inquiète le nom de son bailleur, afin qu'il se pourvoie contre lui; et sur cette seule déclaration, le fermier obtiendra congé de la demande (11).

Le second parti que peut prendre le conducteur, sur l'action qui s'adresse à lui, c'est de rester au pro-

(1) L. 52, D. *De furtis.*

(2) Et la note de Godefroy, sur la loi 60, § D., *Loc. cond.*

(3) Pothier, n° 81.

(4) Cujas, sur la loi 35, D. *Loc. cond.* (ad Afric., tract. 8), « Si « exercitus præteriens *per lasciviam* aliquid abstulerit, ob has « causas ex mercede conductor nihil quidquam deducere potest. »

(5) Cujas, *loc. cit.* « *Prædonum more*, dit-il, *vel hostium*, « milites *vastaverint totum fundum.* »

(6) *Supr.*, n° 257.

(7) Cassat., 7 juin 1837 (Sirey, 37, 1, 970). M. Duvergier, t. 1, n° 277.

(8) N° 82.

(9) Expression de l'art. 1727. M. Mouricault, tribun (Fenet, t. 14, p. 326. Locré, t. 7, p. 200, n° 8. M. Delvincourt, t. 3, p. 190 (notes), n° 4), in-8°, t. 7, p. 220.

(10) M. Mouricault, *loc. cit.*

(11) Papon, l. 11, t. 4, n° 18. Arrêts du parlement de Paris, des 24 septembre 1563 et 26 septembre 1579. M. Merlin, *Répert.*, v° *Garantie*, § 1, p. 456; in-8°, t. 13, p. 1re.

cès et d'appeler immédiatement le bailleur en garantie. Dans l'ancienne jurisprudence, Pothier ne pensait pas que la simple demande dirigée contre le fermier donnât ouverture au recours en garantie (1). Car le fermier n'étant pas, suivant lui, personne capable pour défendre à la demande, le locateur ne lui paraissait pas être obligé de prendre sa défense. D'après Pothier, le locataire ne pouvait que se faire renvoyer de la demande, en indiquant le propriétaire. Pour que l'action en garantie lui fût donnée, il fallait non pas seulement qu'il y eût trouble, mais dépossession effective et défaut de jouissance.

Le Code n'a pas suivi ces idées (2). Il autorise le preneur à rester dans l'instance (art. 1727) et à appeler en garantie son propriétaire. Il a à cela un intérêt que je ferai ressortir au n° suivant.

268. Et remarquez bien, au surplus, que si le fermier préfère se retirer du procès, le demandeur ne pourrait pas exiger que le fermier mît son bailleur en cause avant de se retirer. « Le fermier, dit Charondas, « appelé en action pétitoire par-devant le bailly de « Senlis, remontre sa qualité et nomme celuy de qui « il tient à ferme et sa demeurance ; le demandeur « insiste et soutient qu'il doit faire comparoir et entrer « en cause son maître ; ce qui est ordonné à Senlis. « Mais, par arrêt du 24 septembre 1563, fut dit « mal jugé, et que l'intéressé fera appeler le maître « dudit fermier, si bon lui semble. Aussi contre un « fermier *qui restituendi facultatem non habet*, la re- « vendication est mal intentée (3). »

Il est vrai que l'art. 1727 porte que le preneur *doit appeler le bailleur en garantie*. Mais cette obligation du preneur n'a pas été écrite dans la loi en faveur du tiers qui a intenté l'action ; elle n'existe que du preneur au bailleur. Et l'on en sent la raison. Car le preneur qui a connaissance du trouble par la citation qui s'est adressée à lui, doit d'abord, pour prévenir les surprises dont son bailleur pourrait être victime (4), l'informer sur-le-champ des prétentions qui le menacent, et le mettre en mesure de se défendre. Il peut surtout l'appeler en garantie, puisqu'en cas d'éviction, il a des répétitions à exercer contre lui. Mais, quant au demandeur en délaissement, cette mise en cause ne le concerne pas ; il n'est pas fondé à l'exiger, et c'est à lui à appeler le propriétaire au procès, si le fermier s'y refuse (5).

Au surplus, lorsque le fermier, toujours maître de se retirer du débat, aime mieux y rester, ce n'est pas pour défendre à l'action sur le fond, puisque le propriétaire a seul qualité à cet égard ; c'est uniquement soit pour faire statuer sur le recours en garantie contre le bailleur appelé en cause, soit pour proposer de son chef quelques moyens tendant à établir que l'éviction du propriétaire ne doit pas entraîner la sienne (6). Ceci répond suffisamment aux raisons que Pothier tirait du défaut d'intérêt du conducteur, et explique l'économie de l'art. 1727.

269. Maintenant, voilà le procès engagé entre le tiers demandeur et le propriétaire. A la suite du débat, ce dernier succombe, il perd la propriété de la chose louée !

Ou bien, le procès ne roulait que sur une partie de la chose, et le demandeur reste encore victorieux ;

Ou bien, enfin, le propriétaire est condamné à souffrir une servitude dommageable.

Dans toutes ces hypothèses, la défaite du propriétaire peut rejaillir sur le preneur. Il est possible qu'elle entraîne l'éviction totale ou partielle de ce dernier, ou qu'elle l'assujettisse à supporter des charges qui diminuent sa jouissance. De là sort pour le propriétaire l'obligation d'indemniser le preneur. C'est la fin de l'action de garantie de ce dernier. Nous verrons plus tard l'étendue de cette obligation.

270. Jusqu'à présent nous avons considéré l'auteur du trouble comme demandeur contre le fermier. Mais il faut aussi examiner le cas où le tiers qui a commis la voie de fait garde la défensive. Que doit faire le preneur dépossédé en totalité ou en partie ?

L'art. 1726 ne s'occupe pas de ce cas ; il suppose que la prétention de l'auteur du trouble s'est manifestée par une action en justice. Mais le premier membre de l'art. 1727 est il plus large ? En le combinant avec le second, peut-on dire qu'il ne repousse pas l'idée d'un fermier prenant l'initiative de l'action ?

En y réfléchissant on acquiert bien vite la conviction qu'il n'est pas possible que le preneur soit personne capable pour intenter contre les tiers des actions qui ont trait à la propriété ou à la possession de la chose ; car il n'est ni propriétaire ni possesseur !

271. Il n'est pas possesseur, comme le disait M. Mouricault ; le bailleur possède par lui (7), sa possession est purement précaire ; elle est tellement dominée par celle du propriétaire qu'elle se trouve absorbée et pour ainsi dire effacée aux yeux des tiers qui ne voient en lui que le représentant du maître (8). Aussi il a toujours été reconnu, en droit français, que le preneur n'a pas l'action possessoire soit contre le propriétaire qui le trouble, soit contre des tiers qui le dépossèdent (9). Sans doute si la loi était à faire, il y aurait quelques raisons à donner, et quelques précédents à citer pour admettre le fermier à se défendre en personne des troubles qui affectent sa jouissance. Heineccius nous apprend qu'en Allemagne l'usage du barreau a étendu l'interdit *uti possidetis* aux preneurs eux-mêmes (10) ; et M. Blondeau, sans citer cet exemple, dit qu'il ne comprend pas pourquoi l'idée dont il est l'expression, n'est pas générale (11). Mais la loi existe, et nous devons la respecter.

272. Nous allons même jusqu'à croire qu'elle met obstacle à ce qu'un fermier par bail de plus de 9 ans, intente la complainte. Je sais que, dans l'ancienne jurisprudence, Masuer voulait que le fermier à longues années, c'est-à dire pour plus de 10 ans, eût le droit de diriger les actions possessoires pour se faire garder en sa *quasi-possession* (12). Mais les textes de nos lois modernes ne font pas de distinction, et puisque le bail de moins de 10 ans ne transfère pas au preneur les actions possessoires, quoiqu'il constitue en sa fa-

(1) *Louage*, n° 91.
(2) V. analogie dans mon Comm. de la *Vente*, n° 436.
(3) Réponses, liv. 3, chap. 71.
(4) *Infr.*, n° 690.
(5) M. Merlin, *loc. cit.* M. Delvincourt, t. 3, p. 190, notes, n° 4 ; in-8°, t. 7, p. 220.
(6) V. exemples, n° 275, et *supr.*, n° 98.
(7) Fenet, t. 14, p. 326. Locré, t. 7, p. 200, col. 1re.
(8) *Supr.*, n° 4.
(9) Pothier, *Louage*, n° 286. M. Henrion de Pansey, *Compét. des juges de paix*, p. 361, 362. Menochius, *De adipiscendâ, vel retinendâ, vel recuperandâ possessione* (Remed., 1, nos 62, 63 et suiv.) Ord. de 1667, t. 18, art. 1. Art. 23, C. de pr. c. Cassat., 7 septembre 1807 (S., 8, 1, 555). Id., 17 avril 1827 (S., 27, 1, 456. D., 27, 1, 200). En *sens contraire*, arrêt de Brux. du 3 avril 1811, Décis. not., t. 23, p. 235.
(10) Inst., n° 1302.
(11) Chrest., p. 274, note 1.
(12) Ch. 11, n° 49. M. Henrion, p. 361, 362, édition belge de 1832, ch. 21, p. 281.

veur un droit réel (1). il n'y a pas de raison pour attribuer un plus grand privilége au bail de plus de 10 ans; car ni l'un ni l'autre n'opèrent un démembrement de la propriété. Le bailleur, en recevant les canons représentatifs des fruits, la retient avec tous ses émoluments.

273. Le preneur ne peut donc pas intenter l'action possessoire pour faire cesser les voies de fait, et se faire remettre en possession.

A plus forte raison, il n'aura pas qualité pour prendre l'initiative d'une action qui s'engagerait sur la propriété du fonds, ou sur une servitude établie sur la chose louée. Les actions relatives à la propriété ou à ses démembrements n'appartiennent qu'au propriétaire. Toute décision intervenue entre le fermier et le défendeur sur ces droits respectables, serait pour le propriétaire *res inter alios acta*, et ne saurait lui être opposée (2).

274. Il est donc impossible de supposer que l'art. 1727 a fait la moindre allusion à une action dirigée par le preneur contre le tiers, à l'effet d'agiter des débats sur la possession ou la propriété de la chose. Je conçois cependant que le preneur, ignorant les motifs qui ont pu déterminer les voies de fait, les considère comme dépouillées de prétentions sur l'immeuble, et qu'il agisse dans le cercle tracé par l'art. 1725. Mais dès l'instant que le défendeur aura articulé un droit sur la chose louée; dès l'instant qu'il aura dit: *Feci, sed jure feci*; le preneur s'effacera ou descendra au second rang pour céder la première place au propriétaire.

275. J'ajoute néanmoins qu'il est une circonstance où le preneur a la qualité pour entamer l'action. C'est lorsqu'il soutient que, quel que soit le propriétaire, son bail doit subsister, et que, quand bien même il serait jugé qu'il tient son droit *à non domino*, il doit toujours continuer à occuper la chose louée, soit parce qu'il est preneur de bonne foi d'un propriétaire apparent (3), soit parce que son contrat a été ratifié par l'auteur du trouble. Mais on le comprend : dans ce cas, il n'y a pas débat sur la propriété du fonds. C'est le droit seul du preneur (isolé de tout contact avec le droit de propriété mis en question), qui puise en lui-même ses moyens d'attaque et de défense.

276. Concluons donc que dans toutes les hypothèses de trouble prévues par les art. 1726 et 1727, il n'y a pas lieu pour le preneur à se porter demandeur. Tout ce qu'il a à faire c'est de dénoncer le trouble au locateur. Si le trouble n'a pas amené de dépossession à son préjudice ou de diminution de jouissance, il attendra que le procès se vide entre les personnes qui ont qualité pour le soutenir, et suivant l'événement, il agira ou non en garantie; que si le trouble l'a privé de la possession, ou a porté coup à sa jouissance, il pourra tout d'abord exercer contre le bailleur l'action *ex conducto* pour que ce dernier le fasse jouir paisiblement et le dédommage (4).

277. Voyons maintenant ce que comprend l'action de garantie du conducteur contre le propriétaire; les principes que nous avons exposés dans notre Commentaire de la *Vente*, serviront de règle. Nous allons en parcourir les sommités.

D'abord le propriétaire est tenu de prendre le fait et cause du conducteur, et de le défendre; c'est une obligation *de faire*, indivisible de sa nature (5); elle est subordonnée à l'obligation de faire jouir (6).

Si le propriétaire ne réunit pas ses efforts, il faut qu'il acquitte le preneur; seconde obligation subordonnée à la première, et divisible à la différence de celle-ci (7).

Pour indemniser le preneur, le propriétaire doit lui faire remise des loyers ou des fermages pour le temps qui reste à courir depuis l'éviction. Si l'éviction n'est que partielle, la remise se fera proportionnellement (art. 1726); de plus, le propriétaire est tenu de payer au conducteur les dommages et intérêts que l'éviction totale ou partielle lui a fait souffrir (8). On y fait entrer les frais de déménagement, les impenses extraordinaires (9), la perte des profits que le locataire aurait retirés d'une sous-location (10), etc., etc.

278. Contre les recours en dommages et intérêts, le locateur ne pourrait opposer la disposition de l'art. 1726, qui ne parle pas de ce chef de demande, et ne s'occupe que du droit de demander une réduction proportionnelle. L'art. 1726 est rédigé sans précision, il faut en convenir; il ne prévoit qu'un seul cas, et va même jusqu'à oublier celui où il y a dépossession totale et par conséquent cessation complète des canons! Mais il n'a pas été dans la pensée de l'art. 1726 d'enlever à l'action en garantie dont s'occupe l'art. 1727, son effet caractéristique et perpétuel (11), c'est-à-dire le droit de demander des dommages et intérêts quand il y a eu préjudice causé (12)!

279. Mais comment procédera-t-on pour opérer la réduction proportionnelle autorisée par l'art. 1726? Par exemple, un arpent de pré a été séparé de la ferme par l'effet de l'action en désistement. Faudra-t-il rechercher pour quelle somme ce pré pourrait être aujourd'hui affermé, eu égard à sa valeur présente? Non. On se basera sur la somme pour laquelle la partie enlevée a été effectivement affermée au preneur; on recherchera pour quelle valeur elle est entrée dans le prix total de la ferme; on évaluera toutes les parties de cette ferme, non au temps de l'éviction, mais au temps du bail, et la diminution sera fixée sur la valeur respective à cette époque (13).

Mais si le pré évincé a augmenté dans ses produits depuis le bail, et s'il a procuré des jouissances plus considérables, cette plus value que l'éviction a enlevée au fermier sera comprise dans le second chef de l'action *ex conducto*, elle figurera au chapitre des dommages et intérêts (14).

280. Nous avons vu jusqu'à présent les griefs qui donnent ouverture à l'action en garantie, la marche que le conducteur doit suivre pour se faire protéger et garantir par le propriétaire, les conclusions de la demande lorsque ce dernier échoue dans ses efforts, et que le bail est paralysé en tout ou en partie. Il faut examiner maintenant quelles sont les conditions auxquelles le recours en garantie est subordonné pour que le bailleur soit tenu d'y répondre.

281. D'abord, l'art. 1726 exige comme condition impérieuse, que le conducteur ait dénoncé le trouble

(1) *Supr.*, n°s 5 et 6.
(2) Arg. de ce que dit Pothier, *Louage*, n° 91.
(3) *Supr.*, n° 98.
(4) M. Duvergier, t. 1, n° 320.
(5) Mon Comm. de la *Vente*, n°s 435, 438 et 443.
(6) *Infr.*, n° 292, note.
(7) Mon Comm. de la *Vente*, n°s 435, 438 et 443.
(8) Pothier, *Louage*, n° 91. Mon Comment. de la *Vente*, n°s 487 et suiv., 500 et 501.
(9) Pothier, *loc. cit.*
(10) *Supr.*, n° 248.
(11) Mon Comm. de la *Vente*, n° 501.
(12) M. Duvergier, t. 1, n° 322. *Junge* l'art. 1744.
(13) Pothier, n° 93.
(14) Id., ib.

et l'empêchement au propriétaire (1). La raison en est que le silence du preneur peut dans certains cas compromettre les droits du bailleur, qui, ignorant les voies de fait, a laissé passer le temps de les faire réprimer. Cette incurie du preneur est une faute grave qui engage sa responsabilité à l'égard du bailleur (2); à plus forte raison elle élève une fin de non-recevoir contre sa prétention à être garanti et dédommagé (3). Supposons, par exemple, que le bailleur, ayant perdu la possession d'une partie de l'immeuble loué, et ayant laissé écoulé le délai d'un an sans se plaindre, parce que le fermier avait omis de le prévenir, reste dès lors privé du bénéfice de la complainte. Il est évident que le preneur n'aura droit à aucun dédommagement, et que, pour peine de sa négligence supine, il devra être repoussé dans sa demande en diminution du canon (4). Si cependant le preneur parvenait à démontrer que le bailleur n'avait aucun moyen de faire cesser le trouble, il cesserait d'être responsable (5). (Argum. de l'art. **1640**.)

Il en serait de même si le preneur établissait que, malgré son silence, le bailleur, informé du trouble, en a obtenu réparation, et s'est fait adjuger des dommages et intérêts. On ne conçoit pas alors quelle bonne raison pourrait venir au secours du bailleur, et autoriser son refus d'indemniser le conducteur. C'est ce qu'a très-bien jugé la cour de cassation par arrêt de rejet du 1er décembre 1825 (6).

On voit que quelque restrictive que soit la rédaction de l'art. **1726**, il y a cependant des tempéraments à apporter à sa rigueur. La jurisprudence l'a compris; elle n'a pas manqué à sa mission.

282. Une seconde condition requise pour que le conducteur agisse en garantie, c'est que l'éviction qu'il éprouve dans sa jouissance lui apporte un dommage de quelque considération. M. Delvincourt (7) n'est pas de cette opinion, il veut (et M. Duvergier (8) s'est réuni à lui sur ce point) que, *quelque modique* que soit la portion de jouissance enlevée au preneur, il ait droit à une réduction proportionnelle sur le prix; mais cette exagération me paraît condamnée par les principes reçus en cette partie. On a toujours reconnu qu'il ne fallait pas avoir égard à des déchets trop minimes et presque insignifiants. Rappelons-nous ces sages conseils que le président Favre empruntait aux lois romaines : « Modicam incommoditatem conductoris non inducere remissionem mercedis, sed « ea tantum quæ magna sit. Nec enim tam delicatus « esse conductor debet, ut nullam prorsùs incommodi partem subire velit, quomodo de debitore « scriptum est in leg. 25, *de Pignerat. act.* Aliud « siquidem est incommodum aliud verò damnum, « quamvis *nec damnum modicum attendi valdè* solet (9). » Je n'irai cependant pas jusqu'à dire qu'ici comme dans le cas de force majeure, il est nécessaire que la privation de jouissance soit considérable, *plus quam tolerabile est* (10). Non, sans doute! la force majeure, déjà si désastreuse par elle-même, ne devait pas être aggravée dans ses contrecoups contre le bailleur, par des recherches minutieuses. Il fallait que l'équité vînt à son secours et qu'elle forçât le fermier à tenir compte, par une juste compensation, des profits inespérés que le bailleur ne lui envie pas. Ici de semblables raisons n'ont pas lieu. Il y a toujours plus ou moins à reprocher au bailleur pour avoir donné à bail une chose qui contenait un principe d'éviction (11). Voilà pourquoi il est tenu d'une action en garantie qui n'a pas lieu dans le cas de force majeure, laquelle ne donne naissance qu'à une action en réduction ou cessation des canons (12). On le traitera donc moins favorablement dans ce cas que dans le précédent; mais il n'en est pas moins vrai qu'il ne faudrait pas écouter un entrepreneur qui viendrait se plaindre de ce que la chose aurait été dépouillée de quelques-unes de ses parties de trop peu de valeur.

283. Ceci bien entendu, on cessera de s'étonner que l'art. **1769** n'accorde de remise que quand le fermier a été privé, par la force majeure, de la moitié de la récolte, tandis que les art. **1726** et **1727** sont bien loin de s'élever jusqu'à cette règle de proportion. Nous venons de faire toucher au doigt la raison de cette différence. Quant à celle que donne M. Delvincourt, elle me semble inadmissible, malgré l'approbation que lui donne M. Duvergier; il n'est pas exact de considérer l'art. **1769** comme une sorte d'exception aux règles générales, et de croire qu'il n'a été introduit que *ex æquitate* en faveur du fermier (13). La vérité est que c'est au profit du bailleur que l'équité a fait entendre sa voix (14); au profit du bailleur, dis-je, qui, sans certaines considérations particulières, aurait été tenu en droit strict d'indemniser le fermier, alors que la perte de ce dernier aurait été moins désastreuse!!!

284. Une troisième condition en garantie, c'est que l'éviction procède d'une cause antérieure au contrat (15); nous retrouvons ici la règle si célèbre en matière de vente (16), règle qui a lieu, soit que le bailleur connût le principe de l'éviction (17), soit qu'il l'ignorât (18).

285. Mais si le preneur avait connaissance du vice de la chose et du genre d'éviction qu'elle contenait, l'action en garantie lui échapperait (19), à moins qu'il ne se fût prémuni par quelque clause sanatoire.

Remarquons bien toutefois que si le preneur avait été obligé de quitter les lieux occupés par lui, il pour-

(1) *Pourvu que*, dit-il. V. Ulpien, l. 13, § 7, D. *Loc. cond.* M. Zachariæ, t. 3, p. 11, § 366.

(2) *Infr.*, no 296, et art. 1768.

(3) M. Delvincourt, t. 3, p. 190, notes, no 3; éd. in-8o, t. 7, p. 219.

(4) Id., t. 3, p. 190; in-8o, t. 7, p. 218.

(5) Id., et M. Zachariæ, t. 3, p. 11. M. Duvergier, t. 1, no 323.

(6) Aux requêtes (D., 26, 1, 19, S., 26, 1, 171). M. Zachariæ (*loc. cit.*).

(7) T. 3, p. 189, note 4, d'après Pothier, qu'il ne cite pas, no 158; édit. in-8o, t. 7, p. 217.

(8) T. 1, no 324.

(9) *Ration. ad Pand.*, sur la loi 27, D. *Loc. cond.* Il cite la loi 21, D. *De judiciis*; l. 4, *De inst. act.*; l. 54, D. *De cont. empt.*; l. 12, D. *De impensis.*

(10) Loi 25, § 6, D. *Loc. cond. Supr.*, no 210. Art. 1769, *infr.*

(11) Mon Comm. de la *Vente*, no 466. Citation d'un passage de Boutiller.

(12) Africanus, l. 33, D. *Loc. cond.*

(13) *Supr.*, no 229.

(14) *Supr.*, no 240, la citation en note d'un passage du président Favre.

(15) Pothier, no 82.

(16) V. mon Comm. de la *Vente*, no 416.

(17) Cujas, sur la loi 35, D. *Loc. cond.* (*ad Afric.*, tract. VIII).

(18) Pothier, no 22. Mon Comm. de la *Vente*, no 511, l. 9, D. *Loc. cond.* (Ulpien), avec le Comm. du président Favre (*Ration. ad Pand.*, t. 5, p. 491, col. 1).

(19) Pothier, no 84. Mon Comm. de la *Vente*, no 511. Arg. de l'art. 1599. M. Duverg., t. 1, no 328.

rait, à défaut de l'action en garantie, se faire remise des canons à compter de son expulsion (1). De plus, dans le cas où l'expulsion, au lieu d'être totale, serait partielle, il ne serait pas moins fondé à obtenir remise proportionnelle sur le prix. C'est ce qui résulte des principes que nous avons enseignés dans notre Commentaire de la *Vente*, n° 482, dont les données sont parfaitement applicables ici. Mais, quelque préjudice qu'il eût éprouvé, il ne pourrait réclamer des dommages et intérêts. Car ce chef est attaché à l'action de garantie, et nous avons vu que cette action lui échappe.

286. Que si le conducteur, connaissant le principe de l'éviction, avait laissé insérer la clause de non-garantie, on demande s'il y aurait lieu à lui appliquer la disposition de l'art. 1629 du Code civil, qui veut, en matière de vente, que l'acheteur ne puisse répéter le prix (2). Je pense avec M. Duvergier (3), que cet article serait ici déplacé ; l'éviction, faisant cesser le bail, fait cesser le droit au canon, et l'on ne conçoit pas à quel titre le locateur pourrait exiger le payement du prix pour une jouissance qui aurait déjà pris fin (art. 1741). Il en est autrement dans la vente : le prix a été payé par l'acheteur à ses risques et périls ; ce prix est devenu la propriété du vendeur par la réception qu'il en a faite en vertu du contrat, et les événements ultérieurs rentrant dans les prévisions de la convention ne doivent pas le lui enlever. Mais dans le louage, il en est autrement. Le bailleur n'acquiert de droit au prix que jour par jour (art. 584 et 586), et au fur et à mesure de la jouissance du preneur. Or, si la jouissance a pris fin, les fruits civils qui les représentent peuvent-ils lui survivre?

287. A plus forte raison la clause de non-garantie serait-elle impuissante pour protéger le bailleur contre la demande en décharge du prix, dirigée par le preneur de bonne foi évincé de la totalité ou de partie de la chose (4).

288. Lorsque la cause de l'éviction est postérieure au contrat, elle n'oblige pas le bailleur à garantir, à moins qu'elle ne provienne de son fait (5). Le preneur n'a que la ressource de l'action en remise du canon (6). Comme exemple d'éviction née depuis le contrat, Pothier cite une mesure d'expropriation pour cause d'utilité publique qui vient expulser le fermier depuis qu'il est en jouissance. Du reste, l'on sait que si le preneur n'a pas d'action en garantie contre le bailleur, il a droit à une indemnité de la part de l'État (7).

289. Telles sont les règles principales que nous voulions rappeler. De plus amples détails nous obligeraient de rentrer dans un sujet que nous avons traité sous toutes ses faces dans notre Commentaire de la *Vente*. Nous y renvoyons, en avertissant le lecteur, de tenir compte de certaines nuances qui, bien que légères, mettent de temps en temps une certaine différence entre le louage et la vente.

290. Les personnes contre lesquelles le preneur doit intenter son action, sont le locateur, ses héritiers ou autres successeurs universels, ceux qui ont accédé à l'obligation, comme caution ou porte-fort, etc., etc.

Le successeur particulier qui devient propriétaire de la chose louée et qui succède au bail qu'il est chargé d'entretenir (art. 1743), n'assume pas pour cela la responsabilité des faits personnels au preneur originaire. Il n'est donc pas garant des causes d'éviction antérieures à son acquisition ; il ne doit répondre que de ses faits (8).

291. Outre l'action de garantie, le conducteur a contre le locateur et ses héritiers, ou autres successeurs universels, l'exception de garantie. Les principes sont encore les mêmes que ceux du contrat de vente (9).

Elle peut également être opposée au nouveau propriétaire qui a acquis à titre singulier du locateur. Car il succède au bail et doit l'entretenir. L'art. 1743 a changé sur ce point les principes de l'ancien droit (10).

292. Au surplus, je renvoie à ce que j'ai enseigné sur cette matière, dans mon Commentaire de la *Vente* (11).

---

(1) Mon Comm. de la *Vente*, n° 482. Pothier, n° 84.

(2) Mon Comm., n° 482.

(3) T. 1, n° 330.

(4) M. Duvergier, t. 1, n° 330.

(5) Pothier, n° 86. Mon Comm. de la *Vente*, t. 1, n°s 422, 423.

(6) Pothier, *loc. cit.*

(7) L. française du 7 juillet 1833, art. 21 et suiv., et 39 ; loi belge du 17 avril 1835, art. 19. Pasin 1835, n° 204.

(8) *Junge* M. Duvergier, t. 1, n° 333. *Infr.*, n° 507.

(9) Mon Comm. de la *Vente*, n° 445. Pothier, n° 95.

(10) Pothier, n° 101.

(11) Je dois cependant un mot de réponse aux observations critiques de M. Duvergier contre la doctrine que j'ai empruntée à Pothier et à Dumoulin, sur l'indivisibilité de l'action en garantie et la divisibilité de l'exception (t. 1, n°s 438 et 457).

J'ai dit que le premier chef de l'action en garantie, c'est-à-dire l'obligation de défendre, est indivisible. M. Duvergier en convient (*Vente*, t. 1, n° 355). Mais il trouve qu'il ne valait pas la peine de *répandre tant de science* sur une pareille question, qui lui semble presque oiseuse. Je ne suis pas de son avis, et je vais tout de suite lui citer un exemple qui montre l'utilité pratique de ma discussion. Un héritier pour partie est appelé seul en garantie, et seul il soutient le débat. Ses efforts ont pour résultat de faire repousser la prétention de l'auteur du trouble. Eh bien! cette victoire profitera-t-elle aux autres cohéritiers? Oui, sans doute, disent Dumoulin et Pothier (V. mon Comm., n° 440). Mais quelle en est la raison? Était-il si inutile de descendre dans l'examen de ce principe d'indivisibilité qui tranche la difficulté?

J'ai ajouté que les chefs de l'obligation de garantir, c'est-à-dire l'obligation d'indemniser et de rendre le prix, se divise entre tous les héritiers. M. Duvergier le reconnaît. Je n'ai donc rien à ajouter.

Mais voici où commence le dissentiment. Contre la cour de cassation, j'ai établi avec Dumoulin et Pothier que l'exception de garantie est divisible de sa nature. M. Duvergier (t. 1, n° 355, *Vente*) contredit ce système, et se range du côté des arrêts (Arrêts des 19 février 1811 (S., 11, 1, 188); 5 janvier 1815 (S., 15, 1, 134); 11 août 1830 (S., 30, 1, 395. D. 30, 1, 343). Puisque la garantie est divisible, dit-il, lorsqu'elle est exercée par voie d'action, pourquoi lui enlever ce caractère lorsque c'est sous la forme d'exception qu'elle est opposée? Mais la réponse se présente d'elle-même. L'obligation de garantir n'est indivisible qu'autant qu'elle astreint l'héritier à défendre le procès et à prendre le fait et cause de l'acheteur. Mais l'obligation de l'héritier n'est pas indivisible en tant qu'il s'agit de faire jouir l'acheteur, et de lui procurer la possession paisible de la chose ; elle est au contraire essentiellement divisible, et c'est à quoi M. Duvergier n'a pas fait attention. J'avais pris soin d'indiquer cependant que telle était là-dessus la doctrine du grand maître, de Dumoulin. « Itaque, dit-il, graviter *erraverunt et contrà sensum communem tenentes*, hu- « jusmodi obligationem esse individuam, et singulos hæredum « debitores teneri in solidum, videlicet, ad totam totius fundi « traditionem, et consequenter singulos hæredum creditores in « solidum deberi, et singulos habere actionem in solidum ad to- « tum et integrum fundum sibi, non solùm contrà ipsum debito- « rem, sed etiam contrà singulos ejus hæredes (*divid. et individ.*, « part. 2, n° 302). » Puis il tire les conséquences de cette règle à laquelle il veut que les plus obstinés (*cordatiores*) se rangent désormais ; et, la combinant avec l'obligation de défendre, il fait

ARTICLE 1728.

Le preneur est tenu de deux obligations principales :

1° D'user de la chose louée en bon père de famille et suivant la destination qui lui a été donnée par le bail, ou suivant celle présumée d'après les circonstances, à défaut de convention ;

2° De payer le prix aux termes convenus.

ARTICLE 1729.

Si le preneur emploie la chose louée à un autre usage que celui auquel elle a été destinée, ou dont il puisse résulter un dommage pour le bailleur, celui-ci peut, suivant les circonstances, résilier le bail.

SOMMAIRE.

293. Transition des obligations du preneur.
294. Obligation d'user *en bon père de famille.*
295. Suite.
296. Exemples.
297. Cette règle s'applique au louage des meubles.
298. Développement de la règle dans divers articles qui suivent.
299. Obligation de *conserver à la chose sa destination.* Pourquoi les débats à cet égard sont plus fréquents chez nous que chez les Romains.
300. S'il faut prendre l'art. 1729 à la lettre et substituer la particule *et* à la particule *ou.* Rejet de cette correction.
301. Suite. L'art. 1729 défend deux choses : 1° changer la destination ; 2° faire de la chose un usage qui, sans changer la destination, porte dommage au locateur.
302. Éclaircissements des art. 1728 et 1729 par des applications. Des changements de destination repoussés par les bonnes mœurs. Des sous-locations à des prostituées.
303. On peut prouver par information et témoins le mauvais commerce du locateur.
304. Conversion des lieux en maison de jeu.
305. Ou en une destination incommode, comme un cercle ou casino.
306. En une auberge.
307. Critique d'un arrêt de Bourges.
308. Suite. Il n'est pas nécessaire qu'un pacte exprès fixe la destination. Elle est suffisamment établie par certaines circonstances de fait énumérées.
309. Changement de destination lorsque la chose louée a un certain achalandage qui fait partie de la location. Il n'est pas permis au preneur de nuire à cet achalandage. Comment ceci doit être entendu. Erreurs de quelques auteurs modernes sur ce point.
310. Du changement de destination qui ne porte pas préjudice. Distinctions à faire.
311. Suite.
312. Suite.
313. Applications pratiques du cas où il y a usage dommageable de la chose, quoiqu'il n'y ait pas changement de destination. Position de la question.
314. Il s'agit ici d'un dommage causé par le défaut de diligence du bon père de famille — ou par un usage exagéré, dépassant les bornes de la convention.
315. Explication d'un arrêt remarquable de la cour de Grenoble, dont la véritable intelligence a échappé à M. Duvergier.
316. Action *locati*, résultant des griefs faits au bailleur par le mauvais usage ou le changement de destination.
317. Caractère de l'action en résiliation.
318. *Obligation de payer le prix. Quid* quand les termes de payement ne sont pas fixés. Usage des lieux. Autres règles générales sur le payement. Renvoi.
319. Moyens coercitifs pour obtenir le payement.
1° Contrainte par corps.
2° Privilége sur les meubles et fruits.
3° Intérêts à partir du jour de la demande.
4° Résiliation.
320. Quel retard est nécessaire pour demander la résiliation. Le Code s'en réfère à la sagesse du juge. Conseils à suivre à cet égard.
321. Règles quand le contrat exige que le bail soit résolu faute de payement dans tel terme.
322. Exceptions et défenses du preneur contre la demande en payement. Payement fait de bonne foi à un propriétaire apparent.
323. Des fermiers qui payent contraints et forcés à un non propriétaire.

---

cette remarque judicieuse : « Quamvis unus solus hæredum com-« parens teneatur defendere in solidum, id est, *totam causam*, « NON TAMEN TENETUR DEFENDERE TANQUAM HÆRES IN SOLIDUM, *sed* « TANQUAM HÆRES IN TALI PARTE *cum* denunciatis cohæredibus pro « talibus partibus, *sub spe dividendi exitum litis in easdem* « *partes, per jura prædicta* n° 498). »

Il suit de là une conséquence bien remarquable et qui fait toucher au doigt le nœud de cette question : c'est que chaque héritier est libéré en faisant délivrance de sa part de l'immeuble; qu'il est libéré en faisant jouir paisiblement l'acquéreur de cette part. Quant au surplus, il est étranger, et le fait de son auteur n'est pas le sien. Or, s'il laisse l'acquéreur en possession paisible de sa part afférente, s'il purge par là toute l'obligation que sa qualité d'héritier pour partie faisait peser sur lui, de quoi donc vient se plaindre l'acquéreur? et quel est le fondement plausible de son exception !

Je le répète donc, voilà toute la base du système de la divisibilité de l'exception de garantie, et c'est vers ce point que M. Duvergier aurait dû tourner son argumentation. Il se borne à dire que, puisque le garant est tenu de ne pas souffrir que la moindre parcelle soit enlevée à l'acheteur, chaque héritier est tenu pour le total de la même obligation. Mais c'est encore oublier un de ces principes que Dumoulin a mis hors de toute controverse. En règle générale, toute obligation, quoique indivisible à l'égard du débiteur primitif, devient divisible entre ses héritiers, à moins de motifs particuliers et exceptionnels (Dumoulin, n° 200). Or, il n'en existe pas ici; en effet, l'obligation de défendre est subordonnée à l'obligation de délivrer et de faire jouir (Dum., n° 499), elle ne vient qu'après que cette obligation demeure sans effet; elle ne prend naissance que du défaut d'accomplissement de cette même obligation. Eh bien! quand l'héritier a délivré sa part, quand il fait jouir l'acheteur de sa part, il est quitte de l'obligation de défendre, et c'est sans fondement qu'on lui parle de garantie, il n'en doit plus.

Au surplus, j'engage quiconque voudra se faire des idées justes sur cette question, à lire l'admirable travail de Dumoulin, dont je n'ai pu que résumer les traits principaux. Je défie les plus incrédules et les plus opiniâtres de résister à la force de ses raisonnements, et à la puissance de son argumentation vive, serrée, étincelante de logique, de sens et d'ingénieux aperçus!

COMMENTAIRE.

293. Après s'être occupé dans les articles précédents des obligations du bailleur, le Code passe aux obligations non moins importantes et non moins étroites du preneur. il y en a deux que l'art. 1728 appelle *principales*; la première est d'user de la chose en bon père de famille et suivant sa destination; la seconde est de payer le prix. Cette division de l'article 1728 servira de division à notre travail.

294. Le conducteur doit, disons-nous, user de la chose en bon père de famille et suivant sa destination (1). Il y a dans cette première obligation deux idées distinctes : l'une qui a pour objet l'usage de la chose en général, et quelle que soit la destination; c'est celle de jouir en bon père de famille. L'autre, qui se réfère à la destination que la chose doit conserver pendant le bail. Cette seconde idée ne se confond pas avec l'autre. Un bon père de famille peut changer à sa volonté la destination de sa chose, et substituer à une destination qui cesse pour lui d'être utile, une nouvelle destination plus avantageuse. Si donc le conducteur n'était tenu que des obligations du bon père de famille, rien ne s'opposerait à ce qu'il changeât la destination des lieux ; mais il n'en est pas ainsi. Aux devoirs généraux du bon père de famille se réunit ici un devoir spécial, celui de conserver à la chose sa destination.

Occupons-nous donc d'abord de l'obligation générale. Nous examinerons ensuite l'obligation spéciale (2).

295. Le conducteur n'a que la jouissance de la chose; cette chose n'est pas sienne; elle appartient à un tiers qui a suivi sa foi. C'est une raison déterminante pour qu'il s'environne dans son usage de tous les soins qu'un bon père de famille apporte à la conservation de son propre patrimoine. La morale lui en fait un devoir; la loi écrite sanctionne par ses commandements les préceptes de la morale.

296. Il suit de là que l'agriculteur qui prend la ferme d'un immeuble doit le cultiver avec toute la diligence d'un bon et soigneux père de famille ; qu'il doit façonner les terres en temps convenable (3); qu'il ne lui est pas permis de les épuiser, en obtenant d'elles des produits forcés, en les chargeant et en les dessaisonnant (4); qu'il doit veiller à la conservation des édifices (5), des clôtures, au maintien des limites, et avertir le propriétaire des usurpations commises dans l'année, afin que celui-ci se mette en mesure de les réprimer (6). C'est de tous ces devoirs que Gaïus disait : « *Omnia secundum legem conductionis fa-* « *cere* (7). »

297. Et comme notre article s'applique au louage des meubles, malgré un classement vicieux que j'ai fréquemment signalé, on décidera que celui qui a pris à loyer une monture doit avoir soin de ne la pas fatiguer par des marches excessives; de la faire panser et nourrir, etc., etc. (8).

298. Par suite de notre règle, le preneur doit empêcher que ses fautes personnelles et celles des individus qui l'environnent ne détériorent la chose louée. Ce devoir, dont les conséquences ont une large portée, fait l'objet des art. 1730, 1731, 1732, jusqu'à 1736. Il se résume dans ces lignes d'Ulpien : « Item « prospicere debet conductor, ne aliquo *vel jus rei* « *vel corpus deterius faciat vel fieri patiatur* (9). » Nous renvoyons donc aux articles que nous venons d'indiquer, le commentaire de ce qui a trait aux fautes du locataire (10), aux dégradations éprouvées par la chose, à l'incendie, etc., etc.

299. Voyons maintenant l'obligation du preneur, de conserver à la chose louée sa destination.

La destination de la chose peut avoir été fixée par le bail; peu de difficultés s'élèveront probablement alors entre les parties. Mais, le plus souvent, la convention est muette. Il faut alors avoir recours aux circonstances pour savoir quelle destination a été réservée à la chose dans l'intention des parties. Ainsi le décide l'art. 1728. Or les circonstances peuvent varier infiniment. La loi les abandonne à la sagesse des magistrats (11). On verra plus bas, et notamment au n° 308, celles qui présentent le plus de gravité, et rendent la décision plus facile.

Au reste, les contestations relatives au changement

(1) Pothier, nos 188, 189 et suiv.

(2) *Infr.*, n° 301.

(3) Colonus curare debet, dit Caïus, ut opera rustica justo quoque tempore faciat, ne intempestivâ culturâ deteriorem fundum faciat. L. 25, § 3, D. *Loc. cond.* V. *infr.*, n° 663.

(4) La défense de *déroyer*, c'est-à-dire de dessoler, portée dans un bail à peine de résolution à la volonté du bailleur, se réduit à celle de ne pouvoir épuiser les terres par des cultures forcées, et contraires à la pratique des laboureurs du canton.

L'obligation imposée au fermier de laisser un tiers des terres en jachères à la disposition du bailleur la dernière année du bail, doit être exécutée. (14 mars 1807; C. de Brux.; Déc. not., 1811, p. 97.) (*Edit. belge.*)

(5) Loi précitée : *Curam villarum habere debet, ut eas incorruptas habeat.*

(6) *Supr.*, n° 281, et art. 1768, *infr.*, n° 314. Pothier, n° 190. V. art. 1766.

(7) L. 25, § 3, D. *Loc. cond. Infr.*, n° 663.

(8) Pothier, n° 190.

(9) L. 11, § 2, D. *Loc. cond.*

(10) Art. 1732, 1735.

(11) Observ. du tribunat sur l'art. 1728 (Fenet, t. 14, p. 281, Locré, in 8°, t. 7, p. 185, n° 9). Arrêt de la chambre des requêtes du 18 février 1839, au rapport de M. de Menerville. Cette proposition résulte implicitement de l'arrêt.

de destination paraissent avoir été fort rares chez les Romains. On en trouve peu d'exemples dans les réponses et dans les commentaires de leurs jurisconsultes. Elles sont au contraire fréquentes chez nous. La mobilité dans la propriété a pour conséquence la mobilité dans l'usage de la propriété. Les riches et beaux hôtels des seigneurs de la cour de Louis XIII et de Louis XIV, sont transformés, dans le quartier du Marais, en dépôts de marchandises. Un pensionnat a pris la place des appartements aristocratiques de madame de Sévigné. Quand une classe émigre d'un quartier, une autre classe vient occuper le poste vacant, et c'est surtout l'industrie qui se charge de peupler les demeures délaissées par leurs anciens maîtres, et disposées pour d'autres besoins et d'autres mœurs. Or, l'industrie qui joue un si grand rôle dans notre état social, veut avoir une grande liberté d'agir; pour mieux se mouvoir et se développer, elle repousse les gênes et les entraves, et cherche à se mettre à son aise là où elle a fixé ses établissements. Mais la propriété dont elle est tributaire par le louage des choses, s'inquiète souvent de son indépendance et de ses caprices. De là des conflits dont le contre-coup vient retentir dans les tribunaux.

La règle à suivre en cette matière, c'est celle que nous donnent les art. 1728 et 1729 combinés.

Il faut que la chose conserve l'usage auquel elle a été destinée par le bail ou par les circonstances du bail (1); il faut surtout que l'usage auquel elle est employée ne porte pas au bailleur un dommage qui n'était pas entré comme élément de prévision dans les bases du contrat; sinon celui-ci pourra, suivant les circonstances, faire résilier le bail.

300. Mais avant d'aller plus loin, il faut s'entendre sur le véritable sens de l'art. 1729. A s'en tenir au texte, il pose deux cas alternatifs : le premier, quand la chose a été employée à un autre usage que celui auquel elle a été destinée; le second, quand elle est employée à un usage dont il peut résulter un dommage pour le bailleur.

Quelques auteurs ont pensé qu'il ne fallait pas prendre cet article au pied de la lettre, et que la disjonctive *ou*, fruit de l'erreur et d'une mauvaise rédaction, devait être remplacée par la copulative *et* (2).

Je ne partage pas cette opinion : je ne pense pas qu'on puisse corriger légèrement une disposition de la loi. A plus forte raison faut-il la respecter quand elle se défend par de sérieux motifs.

Toutefois, remarquons d'abord que, quelle que soit la leçon destinée à prévaloir, l'art. 1729 offre une incorrection grammaticale. Au lieu de : « si le preneur « emploie la chose louée à *un autre usage*, etc., etc. » Il faut lire : « si le preneur emploie la chose louée à « un usage autre que, etc. » C'est le seul moyen de le mettre d'accord avec les règles de notre langue. Du reste, cette incorrection, qui n'a aucune influence sur le fond de la pensée, s'explique par la circonstance, que le titre du louage a été rédigé en grande partie par M. Galli, dont je serais très-disposé à absoudre les idiotismes piémontais (3), si je ne le soupçonnais d'avoir eu l'arrière-pensée d'entrer à l'Académie française (4)!

301. Quoi qu'il en soit, arrivons à la critique plus sérieuse dont l'art. 1729 a été l'objet, et voyons s'il la mérite.

Suivant ma manière de voir, cet article se lie aux deux branches de la première obligation principale à laquelle l'art. 1728 astreint le preneur, savoir : 1° user de la chose louée en bon père de famille; 2° en user suivant sa destination (5). On ne niera pas qu'ici l'obligation ne soit double. Le texte de l'art. 1728 est si formel qu'il repousse toute équivoque. D'ailleurs, le livre de Pothier, qui a fourni au titre du *louage* ses plus riches matériaux, viendrait à l'appui de la rédaction de cet article. Notre jurisconsulte traite en effet, dans deux paragraphes distincts, de l'obligation d'user en bon père de famille, et de l'obligation de ne faire servir la chose qu'aux usages auxquels elle est destinée (6).

Or, c'est à ces deux idées que l'art. 1729 vient se rattacher. Il est le corollaire de l'art. 1728, auquel il prête une sanction pénale en donnant au bailleur l'action en résolution toutes les fois que l'un ou l'autre de ces deux devoirs n'a pas été rempli.

Ainsi, le preneur a-t-il employé la chose à un usage autre que celui auquel elle a été destinée, il pourra, suivant les circonstances, faire résilier le bail; car c'est un manquement à l'une des deux branches de la première obligation principale imposée au preneur par l'art. 1728.

Ou bien le preneur, tout en conservant à la chose louée sa destination, en a-t-il fait un usage dont il puisse résulter un dommage pour le preneur, c'est enfreindre l'obligation de jouir en bon père de famille, autre membre de la première obligation principale écrite dans l'art. 1728; c'est une seconde cause de résiliation (7).

Ainsi, chaque obligation du preneur correspond à un droit réciproque du bailleur, et devient une source d'action en justice. Rien n'est plus logique et mieux combiné. De même que deux cas différents sont prévus dans la première partie de l'art. 1728, de même deux cas différents sont envisagés dans l'art. 1729, qui lui sert de complément.

Je crains donc que le sens de l'art. 1729 n'ait pas été parfaitement saisi par les auteurs qui en ont fait la critique. Par exemple, M. Duvergier semble croire que lorsque cet article parle de l'usage dommageable de la chose, il se réfère au cas où le preneur, usant comme il le doit et selon la légitime destination de cette chose, cause cependant au bailleur un préjudice; mais tel n'est pas du tout le cas prévu par l'article 1729 (8); par sa corrélation avec l'art. 1728, il suppose forcément que le dommage dont se plaint le

(1) V. les arguments que fournissent les circonstances, *infr.*, n° 308.

(2) Duranton, du *Louage*, n° 99, M. Duvergier, t. 1, n° 400.

(3) V. son exposé des motifs du louage.

(4) Un Gilles Ménage, d'Angers, disait-il, un François Reguier, de Paris, ont pu imprimer en langue italienne, ont pu être inscrits en Toscane, académiciens de la Crusca. Les Piémontais ne pourront-ils pas un jour se rendre dignes d'être inscrits dans la classe de la langue et de la littérature française? *Je l'espère.* (*Exposé des motifs*, Fenet, t. 14, p. 320, Locré, t. 7, p. 196, n° 23.)

(5) *Supr.*, n° 294.

(6) N°s 189 et 190.

(7) Le bailleur peut faire résilier le bail pour dommages résultant de dégradations qui proviennent de l'excès, de la part du preneur, dans l'usage auquel la chose donnée en bail avait été destinée. Le preneur ne peut s'y maintenir jusqu'à l'expiration du bail, en rendant alors la chose en état de réparations, ou bonifiant les dommages pour cause de dégradations. (18 mai 1822, C. de Brux.; Jur. de Belg., 1822, 2, 81.)

Le fermier qui, malgré l'opposition du propriétaire, vend sur pied la récolte croissante, ne cultive pas en bon père de famille, et encourt la peine de la résolution du bail. (5 juin 1813, C. de Liége. Arrêts notables, t. V, I, p. 388.) (*Édit. belge.*)

(8) *Infr.*, n° 313.

bailleur provient d'un usage non dirigé par les soins d'un bon père de famille.

Concluons donc que l'art. 1729 est parfaitement clair et logique ; nulle variante ne doit en réformer le texte ; si M. Mouricault, orateur du tribunat, a substitué dans son discours la conjonction *et* à la particule *ou* (1), je m'en inquiète peu. Je donne à la formule légale la préférence sur la paraphrase inexacte de M. Mouricault.

302. Maintenant que la pensée des art. 1728 et 1729 est dégagée des nuages dont on l'avait environnée, essayons d'en rendre l'application plus facile par quelques exemples. Nous prendrons ces exemples dans les deux ordres d'idées tracées par ces articles ; nous montrerons d'abord quelques cas de changements de destination ; puis nous arriverons à ce qui concerne l'usage dommageable de la chose.

Il y a des changements de destination sur lesquels tout le monde est d'accord ; ce sont ceux qui sont réprouvés par les bonnes mœurs. Si, par exemple, un locataire déshonorait une maison en sous-louant à des filles publiques, ou s'il y établissait lui-même un mauvais lieu, le droit du bailleur à demander la résiliation ne ferait l'objet d'aucun doute (2). Car, comme Coquille le dit énergiquement, « *entre les droits de l'héritage, est que l'honneur de la maison soit conservé* (3). » On devrait même se montrer très-sévère sur les fins de non-recevoir par lesquelles le preneur chercherait à repousser l'action du bailleur. Quand une demande est fondée sur des motifs d'honnêteté publique, quand elle intéresse les mœurs de plusieurs familles réunies sous le même toit et condamnées au spectacle des plus détestables exemples, les fins de non-recevoir sont défavorables ; il faut d'impérieux motifs de légalité pour les faire prévaloir (4).

Si cependant la maison louée était mal famée, ou que le bail eut été passé en connaissance de cause de la profession du preneur, le bailleur ne serait pas écouté dans sa demande en résiliation.

303. On a agité devant la chambre des requêtes la question de savoir si l'on peut faire la preuve par témoins que le preneur ou ses sous-locataires exercent un infâme métier. On prétendait que l'admission à une telle preuve avait des dangers pour la vie privée, qu'elle pouvait être une occasion de scandales et de vengeances. On ajoutait (et cette raison était tellement insoutenable que je ne la rappelle que pour mémoire), on ajoutait, dis-je, que, le bail étant de plus de 150 fr., la preuve testimoniale ne devait pas avoir lieu.

La cour pensa qu'aucune loi ne s'opposait à la preuve offerte ; que les filles de mauvaise vie et autres gens livrés à de détestables commerces ne devaient pas trouver un privilége dans leur infamie même ; que si la preuve était refusée, il arriverait qu'on déshonorerait impunément une maison, et qu'on mettrait en fuite les locataires amis de la décence et des mœurs, etc., etc. Sans doute les cours royales devront se montrer scrupuleuses sur l'admission à la preuve ; elles examineront avec soin si la plainte n'est pas déterminée par l'esprit de récrimination et de haine. Elles consulteront le caractère des parties, leur réputation, leurs antécédents, etc., etc. Mais si les magistrats pensent, dans leur prudence, que l'action du bailleur est fondée sur des faits sérieux et graves, l'appointement qu'elles ordonneront ne contiendra aucune violation de la loi. C'est ainsi, du reste, que ce point était entendu dans l'ancien droit. « Si un propriétaire, dit Brillon, justifie *par simple* « *information* que son locataire tient lieu public, il « doit être condamné à sortir par provision. Arrêt « du parlement de Paris, du 11 septembre 1512. « *Papon*, liv. 22, t. 9, n° 14 (5). »

A plus forte raison, la preuve serait-elle admissible si on offrait de prouver la profession du locataire par titres écrits et délivrés par la police (6).

304. Ce que nous venons de dire des maisons de prostitution et de débauche s'applique aux maisons de jeu, qui sont aussi immorales et aussi dangereuses (7). L'on aperçoit surtout que la preuve testimoniale serait bien loin d'offrir les inconvénients qu'elle peut quelquefois avoir dans l'espèce rapportée au n° 303.

305. Il y a des changements de destination qui, sans porter atteinte aux bonnes mœurs publiques, n'occasionnent qu'une incommodité pour le propriétaire ou pour les autres locataires. Ce changement suffit pour opérer la résiliation. C'est ce qui a été jugé à l'égard d'un locataire qui avait converti en cercle ou casino, un appartement destiné à l'habitation d'une famille. Les dégradations deviennent plus fortes ; les locataires sont exposés à des désagréments de tous les jours, de tous les instants (8).

306. Il en est de même dans le cas où un hôtelier, déguisant sa profession et se disant négociant, aurait établi une auberge ou un hôtel garni dans une maison qui n'aurait pas eu cette destination (9).

« Si une maison, dit Pothier, a été louée comme « maison bourgeoise, et était exploitée comme « telle, il ne sera pas permis au locataire d'en faire « un cabaret ou un brelan, d'y établir une forge de « maréchal ou de serrurier, etc., etc. Il doit l'occu- « per comme maison bourgeoise, sinon le locateur « peut l'expulser et le faire condamner en des dom- « mages et intérêts (10). »

307. Il semble cependant que la cour de Bourges ait méconnu ces sages indications, dans un arrêt du 2 janvier 1837 (11). La veuve Germain avait loué, pour 6 ans, au sieur Leborgne, une maison qui, jusque-là, n'avait servi qu'à l'habitation bourgeoise. Celui-ci sous-loue à Tyssier, qui établit une auberge. La veuve Germain demande la résiliation pour cause de changement de destination. Mais la cour rejeta cette prétention ; elle considéra que rien n'établissait que lors de la location *le propriétaire eût prescrit un mode particulier de jouissance* ; que dès lors le locataire avait pu jouir à son gré, pourvu que l'objet loué ne souffrît pas *un préjudice irréparable* ; que les in-

(1) Fenet, t. 14, p. 327. Locré, t. 7, p. 200, n° 8.

(2) Lyon, 6 février 1833 (D., 33, 2, 104 S., 33, 2, 392). Cassat., Req, 19 mars 1835 (S., 35, 1, 186). Il peut y avoir lieu à résiliation du bail d'une maison, aux termes de l'art. 1729 du Code civil, si le preneur qui l'a prise à bail en qualité de marchand de vin, y établit une maison publique. (28 juillet 1826, C. de Brux. ; Jur. de Belg, 1826, 2, 191.) (*Édit. belge.*)

(3) Inst. au droit français, titre *des Contrats*. Il cite la loi *non aliter*, D. *De usu et habit.*

(4) V. un exemple dans l'arrêt de cassat. de 1835, précité.

(5) Ve *Bail*, n° 26.

(6) Arrêt d'admission du 2 janvier 1839. Veuve Alain, demanderesse, contre Coquard, défendeur éventuel.

(7) Paris, 11 mars 1826. D., 26, 2, 213. S., 26, 2, 285.

(8) Aix, 31 janvier 1833 (D., 33, 2, 163).

(9) Bordeaux, 10 mars (1828 D., 28, 2, 104).

(10) N° 163. *Junge* M. Duverg., t. 1, n° 57. M. Durant., du *Louage*, n° 95.

(11) S., 37, 2, 430.

commodités dont le bailleur pouvait avoir à souffrir n'étaient pas un grief suffisant; car il pouvait prévoir cette chance et en faire l'objet d'une clause spéciale; que si l'affluence des voyageurs peut donner lieu à des dégradations, elles ne sont pas de nature à compromettre le corps de bâtiment, et rentrent dans la catégorie de celles dont le preneur est tenu à sa sortie; qu'ainsi les circonstances ne comportaient pas un caractère de gravité suffisante; qu'enfin les destinations de bâtiments sont très-variables en France depuis que le commerce a pris de l'extension, de telle sorte qu'on voit des hôtels princiers transformés en magasins.

308. Cet arrêt me paraît susceptible de critiques, et les raisonnements qui lui servent de base sont plus spécieux que logiques.

Il n'est pas nécessaire qu'un propriétaire se prononce expressément sur la destination que la chose doit conserver. Cette destination est suffisamment précisée par l'état des lieux, par l'usage auquel la chose avait servi jusqu'au moment du bail, par la qualité du locataire avec qui le contrat est passé (1). Dans l'espèce, c'était une maison bourgeoise louée à un particulier pour son habitation; rien dans sa profession ni dans ses habitudes n'indiquant qu'il louait avec la pensée d'établir une auberge, le propriétaire n'avait pas à se prémunir contre un danger dont aucun indice ne l'avertissait.

L'arrêt reconnaît qu'il y avait tout à la fois préjudice et incommodité dans la conversion inattendue que la chose louée avait subie dans sa destination. Mais, d'une part, il écarte le préjudice sous le prétexte qu'il n'est pas irréparable, comme si les art. 1728 et 1729 exigeaient cette condition; d'autre part, il ne tient aucun compte de l'incommodité, par la raison que le bailleur devait prévoir cette chance; comme si le bailleur n'avait pas fait tout ce que la prudence lui conseillait de faire, en se confiant à une loi formelle, qui lui a dit que la destination ne devait pas être changée!

Ce n'est pas tout. La cour ne s'arrête pas à la possibilité des dégradations; car, dit-elle, le preneur réparera les lieux. Mais ne peut-il pas arriver que celui-ci tombe en déconfiture? D'ailleurs ne vaut-il pas mieux prévenir le mal que de se livrer à des moyens éventuels et incertains pour le réparer?

Enfin, la cour est frappée des nombreux changements de destination qui affectent la propriété et qui ont mis l'industrie en possession des demeures nobiliaires de l'ancienne aristocratie. Mais la question est de savoir si ces changements se sont faits ou doivent se faire malgré les propriétaires; ou si, au contraire, la loi n'exige pas une volonté expresse ou présumée de la part de ceux-ci!

309. Lorsqu'un local, ayant une certaine valeur par son achalandage commercial, est loué à un individu qui exerce l'industrie en rapport avec cet achalandage, le preneur changerait la destination, s'il fermait l'établissement sans une absolue nécessité et allait établir ailleurs le siége de son commerce. Pothier le décide ainsi, à l'égard d'un aubergiste qui n'entretiendrait pas pendant toute la durée de son bail la chose qui aurait été louée comme auberge. Par cet abandon anticipé, il déprécierait la maison, il lui ferait perdre ses clients, qui prendraient l'habitude d'aller ailleurs. Et le propriétaire ne pourrait plus la louer à l'avenir à un prix aussi considérable (2).

Un arrêt de la cour de Lyon, du 26 mai 1824 (3), a paru, à quelques personnes, s'écarter de ces notions. Mais en y réfléchissant, on voit qu'il est rendu dans une espèce où des circonstances du fait tendaient à établir que l'achalandage n'était pas attaché à la boutique. C'est en partie sur cet aperçu que se fonde la cour, et il faut convenir, quoi qu'on en ait dit (4), que son observation est vraie dans un grand nombre de cas. Ainsi, je possède, dans un quartier populeux de Paris, une boutique propre à tous les genres de commerce et n'ayant aucun achalandage qui lui soit particulier. Le locataire sortant y avait établi un magasin de nouveautés, et le locataire entrant y ouvre un magasin de cristaux. Le public qui venait chez son prédécesseur n'est pas le même que le public qui vient chez lui. Les chalands qu'il y attire sont le fruit de son industrie, et non une clientèle appartenant à la boutique, qui ne retire sa valeur que de sa situation favorable. Si donc le marchand de cristaux vient à s'apercevoir que le quartier ne lui est pas favorable, parce que l'industrie qu'il exploite a ailleurs son centre d'activité, il sera maître de transporter ailleurs son magasin et de ne pas vendre dans ma boutique; pourvu qu'il me paye mes loyers, je n'aurai pas à me plaindre. Car il ne change pas l'état des lieux; il ne fait que renoncer à l'achalandage qui ne m'appartenait pas. Quand le bail sera fini, rien ne m'empêchera de louer au premier négociant qui se présentera; et ce sera à celui-ci à faire son achalandage dans son genre d'industrie, comme ses prédécesseurs avaient fait le leur dans leur branche de commerce.

Ainsi, quand la difficulté se présentera, il faudra examiner si l'achalandage est un attribut inhérent de la chose louée, et s'il forme une partie de sa valeur, comme dans l'espèce donnée par Pothier. Ce n'est qu'alors qu'on suivra la doctrine de ce jurisconsulte.

310. Il peut arriver que le changement de destination ne porte pas de préjudice au bailleur, que même il lui soit avantageux. On demande si toutefois il sera fondé à se plaindre.

Faisons d'abord une distinction entre un change ment partiel et un changement total.

Les changements partiels qu'un locataire fait dans son appartement pour l'approprier à ses besoins, ne doivent pas être considérés comme contenant des changements de destination; car la chose, en elle-même et dans son ensemble, reste toujours employée à l'usage fixé par le contrat. Un étage de maison a été loué à un particulier pour son logement et celui de sa famille; qu'importe que d'une chambre, il en fasse deux; qu'il change le système d'une cheminée; qu'il supprime une alcôve qui le gêne, etc., etc.! pourvu qu'à sa sortie, il mette les lieux dans l'état où il les a trouvés, le propriétaire aurait mauvaise grâce à se plaindre de ces légères modifications dans la distribu-

(1) M. Delvincourt, t. 3, notes, p. 192; in-8°, t. 7, p. 224. M. Duvergier, t. 1, n° 396. Observ. du tribunat. Fenet, t. 14, p. 281. Locré, t. 7, p. 185, n° 9.

(2) N° 189. Paris, 28 avril 1810 (S., 12, 2, 378. Palais, t. 27, p. 167). Rennes, 17 mars 1834 (S., 34, 2, 596. D., 34, 2, 171). Il n'est pas permis au locataire d'un hôtel ou de tout autre établissement commercial de l'abandonner avant l'expiration du bail, quoiqu'il en ait payé anticipativement le loyer, les tribunaux peuvent, pour un tel fait, prononcer la résiliation du bail et condamner le preneur à des dommages-intérêts, sans qu'aucune clause expresse du bail lui impose l'obligation de continuer le mode de jouissance que l'établissement avait avant son entrée en jouissance. (21 février 1838. C. de Liége; Jur. de Belg., 1838, 2, 332.) *(Édit. belge.)*

(3) D., 25, 2, 87. S., 25, 2, 81.

(4) M. Duvergier, t. 1, n° 403.

tion intérieure de l'appartement. Il serait surtout dans le faux en prétextant un changement de destination (1).

Je vais même jusqu'à penser que le locataire ne serait pas reprochable s'il changeait la destination d'une pièce, pourvu que l'appartement, dans son ensemble, conservât sa principale destination; ainsi, il pourrait sans inconvénient convertir un grenier en chambre, pour se donner plus d'aisance et de commodités (2); il n'y a pas à cela plus de mal qu'à faire d'un salon une chambre à coucher, ou d'un cabinet de travail un salon. Ce sont des arrangements intérieurs qui, loin de contrarier l'usage pour lequel la chose a été louée, ne sont qu'une suite de cet usage approprié aux besoins du preneur.

311. Du reste, il va sans dire qu'il lui est interdit d'exécuter des travaux qui seraient de nature à nuire à la solidité des bâtiments, ou qui présenteraient d'autres inconvénients, comme de percer les gros murs, pour y établir des fenêtres, des ouvertures, des conduits de gaz, etc. (3). On le voit, ce serait empiéter sur les droits du propriétaire, dépasser les bornes d'une jouissance précaire et limitée, et faire ce dont un bon père de famille doit s'abstenir dans l'usage de la chose d'autrui.

312. Voilà les idées qui serviront de règle quand il s'agira de modifications partielles à l'état des lieux.

Mais lorsque le changement de destination affecte la chose en totalité, et que l'usage cesse d'être ce qu'il était lors du contrat, je pense qu'alors même que le propriétaire n'éprouverait pas de préjudice, il pourrait invoquer le bénéfice des art. 1728 et 1729. Ces articles subordonnent la plainte du maître à une condition unique, c'est qu'il y ait changement de destination. Ils ont su que le droit de propriété est de tous le plus jaloux; ils n'ont pas voulu que celui qui n'a reçu qu'une possession d'emprunt pût, sous les yeux du propriétaire et malgré lui, disposer de l'usage de la chose, le transformer à sa volonté, le détourner de la destination convenue. Peu importerait que les changements opérés fussent des améliorations. Le propriétaire a le droit de les répudier. *Invito beneficium non datur.* Le locataire savait, quand il a pris les lieux, quelle en était la destination; il l'a acceptée en connaissance de cause; il doit la subir jusqu'au bout; sinon il déborderait son titre, et empiéterait sur le droit de propriété.

313. Après avoir développé les principes relatifs au changement de destination, faisons un travail analogue pour ce qui concerne l'usage dommageable. Nous supposons que la destination n'a pas été changée, et que le préjudice résulte d'un excès ou d'un mésus dans la puissance.

Pour se faire des idées justes à cet égard, il faut considérer que, dans certains cas, la jouissance du preneur est inséparable d'inconvénients plus ou moins graves pour le bailleur. Mais ce n'est pas de ceux-là que nous nous occupons ici; parce que, dès l'instant qu'ils sont la suite nécessaire du contrat, ils ont dû être prévus par le locateur, et acceptés au moment où s'est formée la convention. Par exemple: vous louez à un distillateur un rez-de-chaussée de votre maison. Pour peu que vous ayez eu de jugement et de prudence, vous avez dû savoir que ses opérations chimiques pourraient répandre dans toute la maison des odeurs incommodes, vous avez dû vous attendre à l'établissement d'alambics et d'ateliers de nature à vous causer de la gêne. Dès lors, point de grief à proposer contre l'usage que votre locataire fait de votre rez-de-chaussée, suivant des prévisions légitimes. L'article 1729 n'a pas été fait pour vous (4).

314. Quel est donc le préjudice auquel cet article a voulu porter remède? C'est celui qui provient d'un usage que ne dirige pas la diligence du bon père de famille; c'est celui qui est empreint d'un caractère d'abus, parce qu'il dépasse les bornes du contrat; c'est celui qui a pour cause la faute du preneur, et que la convention n'a pas mis expressément ou tacitement à la charge du bailleur.

Tel serait le fait du fermier d'une forêt qui forcerait les coupes annuelles, ou du colon qui épuiserait les terres par des rendements exagérés (5).

315. C'est à ce point de vue qu'il est nécessaire de se placer pour bien comprendre un arrêt de la cour de Grenoble du 5 mars 1835, dont j'ai déjà eu occasion de parler, et qui a été l'objet de critiques inopportunes à mon sens (6). La question à juger était celle-ci: le preneur d'une carrière peut-il outre-passer les limites de l'exploitation suivies de tout temps, surtout au moment de la convention; de telle sorte que, si des besoins tout à fait imprévus viennent à se présenter pour la population, il lui soit permis d'épuiser la carrière et d'absorber dans un temps fort limité des produits qui, suivant les apparences, devaient se répartir sur un grand nombre d'années. Tout dépendait de ce point. Quelle a été, dans la pensée des contractants, et d'après les circonstances, la limite de la jouissance? D'après les prévisions communes des parties, la carrière était-elle destinée à être exploitée longtemps encore après l'expiration du bail? En multipliant les extractions au delà de l'usage suivi jusqu'alors, en appauvrissant tout d'un coup la carrière qui avait devant elle de longues années d'exploitation, les preneurs n'ont ils pas excédé les bornes de la jouissance convenue? N'ont-ils pas dès lors occasionné par cette aggravation un dommage au bailleur? La cour de Grenoble a décidé ces questions pour l'affirmative! Souveraine dans l'appréciation de la volonté des contractants, elle a adopté le parti qui lui a paru le plus en harmonie avec tous les précédents, avec la fixation du prix, avec l'intention réciproque des parties; en cela, elle n'a certes violé aucune loi; je crois même qu'elle est arrivée à une interprétation équitable de la pensée qui avait dicté la convention, et son arrêt doit être signalé comme l'un de ceux qu'il est utile de connaître pour voir sous toutes ses faces le sens de l'art. 1729. Il reproduit au surplus une idée fort juste, formulée par le Code prussien: « Le preneur n'acquiert que l'usage et la jouissance ordinaires des « produits de la chose; *il ne peut jouir des produits « extraordinaires d'une manière nuisible à sa substance* (7). Pourquoi donc cet arrêt a-t-il arraché tant de plaintes à M. Duvergier (8)? C'est que ce dernier ne s'est pas mis au véritable aspect de la décision qu'il critique. C'est que, trompé par quelques considérants épisodiques, il a vu dans l'arrêt des points qui n'y sont pas. La cour de Grenoble n'a pas fait autre

(1) Lepage, *Lois des bâtiments*, 2e partie, p. 186.
(2) Lyon, 28 novembre 1828 (D., 29, 2, 15).
(3) Bourjon, t. 2, tit. 4, sect. 3, n°s 33 et suiv. M. Duvergier, t. 1, n° 399.
(4) Bourges, 24 avril 1828 (D., 29, 2, 138).
(5) *Supr.*, n°s 296 et 301 à la note.
(6) *Supr.*, n° 239.
(7) Art. 270 et 271 (*Conf.* par M. de Saint-Joseph, p. 90).
(8) T. 1, n° 404.

chose que s'occuper de la limite imposée par le bail à l'usage de la chose louée; elle a répondu en fait aux questions que les articles 1728 et 1729 l'avaient chargée de résoudre d'après les circonstances.

316. Le lecteur est maintenant suffisamment éclairé sur les griefs que peuvent faire au bailleur l'usage abusif de la chose et le changement de destination.

Ces griefs lui donnent l'action *ex locato* pour demander des dommages et intérêts, ou pour faire résilier le bail. Mais les juges auront la faculté de peser les circonstances, afin de voir si la résiliation ne serait pas une peine trop rigoureuse, et s'il n'y aurait pas moyen de donner satisfaction au bailleur par des tempéraments plus doux (1).

317. L'action en résiliation est mixte, d'après les principes que j'ai enseignés sur la nature du bail (2); et c'est aussi sous ce point de vue qu'elle a été envisagée par un arrêt de la cour de Paris du 16 février 1808 (3). En effet, le conducteur prétend faire effacer la jouissance qui affectait l'immeuble ; il conteste pour recouvrer un *jus in re* qu'il en avait détaché (4).

Je n'ai pas besoin de dire, du reste, que cette décision a fait jeter les hauts cris à tous les écrivains qui ne veulent voir dans le bail, tel que l'a fait le Code civil, que la physionomie dont le vieux droit français l'avait empreint (5). Mais il serait temps d'ouvrir les yeux, et d'apercevoir la vérité qui se montre à découvert (6).

Ajoutons qu'il est d'autant plus équitable d'attribuer juridiction au juge de la situation de l'immeuble, dans le cas où le locataire a ailleurs son domicile réel, que très-souvent la plainte du demandeur, roulant sur des dégradations et des mésus, sur l'abandon ou le changement de la destination, ne peut être vérifiée que par une visite de l'état des lieux ; or la nécessité de ce préalable ne rattache-t-elle pas l'action beaucoup plus au tribunal de la situation de la chose qu'au domicile du défendeur ?

318. Après l'obligation d'user de la chose en bon père de famille, et suivant la destination convenue ou présumée, il en est une autre non moins essentielle, et aussi appelée *principale* par l'article 1728. C'est celle de payer le prix aux termes convenus (7).

Nous ne rappellerons pas ici les règles générales sur le lieu où doit se faire le payement (art. 1247 C. C.). sur les frais qu'il entraîne (1248). Notre sujet est assez vaste; ne cherchons pas à l'allonger par des digressions qui ne s'y rattachent qu'indirectement (8).

Nous nous contenterons de faire remarquer que si le contrat n'a exprimé aucun terme pour le payement, ce sera , dit Pothier, au terme auquel il est d'usage dans le pays, de payer les fermes. *In contractibus veniunt ea quæ sunt moris et consuetudinis.*

Plusieurs coutumes anciennes avaient réglé cet usage. Les pays qu'elles gouvernaient, et qu'elles régissent encore par la force qui s'attache à l'usage, auront recours à leurs dispositions dans le silence de la convention (9).

319. A côté de l'obligation, plaçons tout de suite les droits corrélatifs du bailleur, et les moyens coercitifs qui en font la sanction.

Le premier s'adresse à la personne du preneur. C'est la contrainte par corps; mais elle n'a lieu que lorsqu'elle a été stipulée dans le bail (2062 C. C.).

Le second affecte les meubles dont le preneur a garni les lieux loués et les fruits de la récolte de l'année. Ici l'on voit paraître le privilége du locateur, réglé par l'art. 2102 du Code civil (10).

Puis, vient l'art. 1155 du Code civil d'après lequel les loyers et fermages échus produisent intérêt à compter de la demande en justice (11).

Enfin on trouve la résiliation pour défaut de payement du prix et l'expulsion du preneur.

On voit que les garanties ont été échelonnées de manière à ne pas compromettre les intérêts de la propriété.

320. Mais après quel temps de non-payement cette expulsion pourra-t-elle être requise?

Quelques cours avaient demandé que le Code civil contînt des dispositions précises à cet égard (12). La cour de Grenoble proposait l'amendement suivant à l'art. 1729. « Le preneur peut encore être expulsé à « défaut de payement du premier bail, si les arréra-« ges excèdent une annuité du prix (13). » La cour de Besançon, après avoir fait sentir l'utilité de fixer le temps après lequel le défaut de payement opère la résolution du bail, demandait si le débiteur serait admis à purger la demeure (14).

Les rédacteurs du Code civil ont gardé le silence sur ces amendements. Mais l'interprétation doit suppléer à la lettre muette.

Sur la première question, le droit romain ne nous offre pas des données incontestées. Quelques auteurs ont pensé sur le fondement de la loi 54, § 1, D. *Loc. cond.*, empruntée aux écrits de Paul (15), que le preneur ne devait pas être expulsé avant deux ans de retard (16). Mais les meilleurs interprètes renferment ce texte dans le cas unique qu'il prévoit, et qui est celui d'un preneur qui avait stipulé expressément qu'il ne serait pas expulsé pendant la durée du bail. Si la loi 56, D. *Loc. cond.*, également extraite des livres de Paul (17), parle aussi de deux ans de délai, ce n'est qu'en faveur des locataires absents. Mais lorsque le

---

(1) Arrêt de la cour de cassation du 19 mai 1825 (D., 25, 1, 328).

(2) *Supr.*, n°s 5, 6 et suiv.

(3) Dalloz, *Action*, p. 320; in-8°, t. 2, p. 267. Sirey, 9, 2, 771.

(4) V. sur l'action mixte ce que j'ai dit, *Vente*, n° 262, et *supr.*, n° 170.

(5) M. Poncet, *des Actions*, p. 181, 182. M. Carré, *Compétence*, in-8°, t. 2, p. 339. M. Dalloz, *Action*, p. 230.

(6) V. dans Sirey, 33, 1, 32, un rapport de feu mon honorable collègue M. de Broé, qui, lui aussi, a cédé au préjugé dominant.

(7) Diocl. et Maxim., l. 17, C. *Loc. cond.*

(8) La clause par laquelle les parties conviennent que le prix d'un bail sera payable en mains du bailleur ou de son receveur, sans détermination du lieu, ne déroge pas à la règle générale d'après laquelle le payement doit être fait au domicile du débiteur. (3 juillet 1837, C. de Liége; Jur. de Belg., 1838, 2, 308.)

(*Édit. belge.*)

(9) Melun, 180; Sens, 257; Dourdan, 143; Valois, 180; Bordeaux, 37.

Pothier dit que dans l'Orléanais les fermes de biens ruraux se payent chaque année à la Toussaint, et les loyers des maisons par termes de six mois en six mois, n° 135.

En Normandie, les fermiers, dans plusieurs localités, payent à Pâques et à Noël, en deux termes égaux; mais cet usage n'est pas universel.

(10) V. mon Comm. des *Hypothèq.*, n°s 149 et suiv.

(11) Pothier, n° 138. Paul, l. 17, § 4, D. *De usuris.*

(12) Montpellier (Fenet, t. 4, p. 461).

(13) Fenet, t. 3, p. 589.

(14) Id., t. 3, p. 173.

(15) Lib. 5, *Respons.*

(16) Merlin, v° *Bail*, § 7, n° 2.

(17) *Libro unic.* DE OFFICIO PRÆFECT. VIGIL.

locataire ne s'était pas mis à couvert par une clause, et qu'il était présent, le locateur pouvait faire résoudre le bail aussitôt qu'il mettait du retard à payer. « Hinc enim *statim atque cessarit*, disait le président « Favre (1), in solvendâ pensione expelli posse *ex* « *lege* 3. C. *Loc. cond.* » Vainement aurait-il dit que tant de rigueur était inutile, puisque le bailleur avait un gage tacite sur tous les objets garnissant la maison; on lui aurait répondu que ce gage n'avait été ajouté à l'obligation principale que pour la fortifier et non pour la diminuer (2). De là les interprètes concluaient qu'il y avait une grande différence entre la position du preneur ordinaire et celle de l'emphytéote; car celui-ci ne pouvait être expulsé qu'après 3 ans de contumace! La raison de cette différence s'expliquait facilement par une considération péremptoire, c'est que, pour enlever à l'emphytéote son quasi-domaine, il fallait se montrer beaucoup moins facile que pour mettre fin à un simple bail (3).

Dans notre ancienne jurisprudence, on avait fixé à deux termes, sans compter le courant, le délai après lequel le preneur pouvait être expulsé. Ainsi, supposons un loyer qui dût se payer tous les six mois, le preneur qui négligeait de s'acquitter encourait au bout d'un an la peine d'expulsion.

Toutefois, quand les termes étaient courts, on accordait répit pendant trois échéances; si, par exemple, le prix devait se payer de trois en trois mois, il fallait attendre neuf mois avant d'obtenir l'expulsion du locataire en retard (4).

Le Code n'a prescrit là-dessus aucune règle. Il s'en rapporte à la prudence du juge, et se borne à rappeler à sa pensée ce principe général, que le bail se résout par le défaut du preneur de remplir ses engagements (art. 1741). Il suit de là que tantôt les juges suivront les indications de l'ancienne jurisprudence, prenant ainsi un juste tempérament pour concilier les égards dus à une position malheureuse avec les droits d'un créancier légitime (5); que tantôt, à l'exemple du droit romain, ils pourront s'armer d'une sévérité plus grande et voir une infraction irrémissible dans un retard moins grand. Tout dépendra de la qualité et de la moralité des personnes, appréciées avec une équité impartiale. L'art. 1184, qui domine toutes les conventions, viendra éclairer l'art. 1741 et se combiner avec lui.

Du reste, les juges ne devront pas voir, en thèse générale, une cause suffisante de résiliation dans un retard de peu de temps. Ils se rappelleront le conseil du jurisconsulte Paul : « Nihil ex obligatione, pauco« rum dierum mora minuere (6). »

321. Mais si le contrat contient la clause résolutoire expresse, le juge aura moins de latitude; il ne pourra vérifier les causes du retard et accorder de nouveaux délais que le contrat ne donne pas. C'est ce qui résulte de l'art. 1183 dont j'ai exposé la portée dans mon Commentaire de la *Vente* (7), et l'on ne devrait pas adoucir ses dispositions par l'art. 1656, qui n'a pas été fait pour le contrat de louage (8).

322. Maintenant, voyons quand et dans quels cas le preneur a satisfait à son obligation de payer le prix.

Et d'abord, il ne saurait être inquiété quand il a payé à la personne capable de recevoir (9). Inutile de rappeler ici les règles générales sur la validité du payement (art. 1239 et suiv.).

Nous ne dirons qu'un mot des payements faits de bonne foi par le locataire ou le preneur au proprié-

---

(1) *Ration. ad Pand.*, sur la loi 54, § 1, D. *Loc. cond.*

(2) C'est toujours Favre qui parle.

(3) Id, d'après Paul de Castro.

(4) Répert, *Bail*, § 7, n° 2, p. 559; in-8°, p. 339.

(5) Bourges, 8 et 15 juin 1812 (Dalloz, *Louage*, p. 922, note, n° 2), in-8°, t. 19, p. 26.

(6) L. 24, § 4. D. *Loc. cond.* (Paul, lib. 34, *Ad edict*). La clause par laquelle le preneur s'engage à payer *promptement* à chaque échéance ne donne pas au bailleur le droit de faire résilier le bail pour le moindre retard. (10 floréal an XIII; C. de Brux.; Décis. not., t. 8, p. 366.)

Dans la province de Flandre, malgré la clause résolutoire du cas de non-payement, le fermier purgeait la demeure en payant les fermages échus. (15 niv., an XIII; C. de Brux.; Déc. not., t. 5, p. 19.)

La clause par laquelle le propriétaire stipule que dans le cas où le fermier ne payerait pas dans un temps déterminé, le bail sera résolu, n'opère pas de plein droit. Le fermier peut purger la demeure soit par offre soit par le payement, tant que le jugement n'est pas prononcé. (7 août 1811, et 11 août 1808, C. de Brux.; Déc. not., t. 24, p. 11.)

Dans le cas où la clause résolutoire n'a pas été expressément convenue, et lorsque la demeure a été promptement purgée, il n'y a pas lieu à appliquer le principe de la résolution, surtout lorsque antérieurement le locataire satisfaisait régulièrement à ses engagements. (5 janv. 1834, C. de Brux.; Jur. de Belg., 1835, 2, 76.)

Les offres faites par un locataire des loyers dus, quoique non réalisées, ont pour effet, sinon de le libérer, au moins d'empêcher qu'il puisse être condamné à la résiliation du bail comme étant en retard de remplir ses engagements. (24 avril 1839, C. de Brux.; Jur. de Belg., 1839, 2, 378.) (*Édit. belge.*)

(7) N° 61, 666.

(8) Cassat., 3 décembre 1839 (S., 39, 2, 338). Liége, 1er août 1810. S., 11, 1, 219. Dijon, 31 juillet 1817. Dall., *Louage*, p. 921, note; in-8°, t. 19, p. 24. Paris, 19 février 1831 (S., 30, 2, 301. D., 30, 2, 287. Palais, t. 87, p. 330). *Contrà*, Colmar, 6 décembre 1814 (S., 15, 2, 137; Palais, t. 42, p. 153). Bruxelles, 7 août 1811 (D., *Louage*, p. 921, note; in-8°, t. 19, p. 25. S., 12, 2, 22. Palais t. 32, p. 307). Lorsqu'un bail contient expressément la clause résolutoire, le contrat est résolu de plein droit par l'inexécution des engagements qui ont formé l'objet de la clause. *Spécialement* à défaut de payement dans le terme convenu. (1er août 1810, C. de Liége; Déc. not., t. 21, p. 258.)

Lorsqu'il a été stipulé dans un bail, que le loyer, à peine de résiliation, devra être payé au plus tard dans un délai déterminé, et que le dernier jour de ce délai est un dimanche, les offres de payement peuvent encore être valablement faites le lendemain. (13 janv. 1827, C. de Brux.; Jur. de Belg., 1827, 2, 116; Jur. du 19e siècle, 1827, 3, 172.)

Lorsqu'un bail à loyer accorde, après le terme fixé pour le payement, un délai fatal qui entraîne la résiliation, le locataire qui a encouru cette déchéance ne peut se prévaloir d'un pareil délai, pour s'opposer à la saisie-exécution de ses meubles, à l'égard d'un second terme pendant lequel il a continué à occuper le bien. (18 mars 1818, C. de Brux.; Jur. de Belge, 1818, 1, 288.)

Si dans un bail il est stipulé qu'à défaut de payement aux termes fixés il sera résilié de plein droit, les payements faits par le locataire postérieurement à une mise en demeure, et reçus par le bailleur sous réserve de ses droits, ne le rendent pas non recevable à provoquer la résiliation. (19 février 1835. C. de Brux.; Jur. de Belg., 1835, 2, 369.)

Lorsqu'un fermage dont le payement exact a été stipulé sous peine de résiliation, est quérable, la sommation de payer à laquelle il n'a pas été satisfait immédiatement, mais seulement le lendemain, par des offres réitérées au bureau de paix, ne peut avoir pour effet d'entraîner la peine de la résiliation, alors surtout qu'il ne s'agit que d'un seul terme d'un bail de long cours, et dont le payement n'a pas eu lieu plus tôt par des circonstances particulières et toutes favorables à la cause du fermier. (4 juin 1833, C. de Gand.; Jur. de Belg., 1834, 2, 186.) (*Édit. belge.*)

(9) *Infr.*, n° 538.

taire apparent. Ces payements doivent tenir (1), et il ne faudrait pas rechercher avec une sévérité minutieuse le conducteur qui, trompé par l'apparence, s'est libéré dans les mains de celui qu'il avait juste sujet de considérer comme maître de la chose. Il est vrai que Papinien condamne à payer une seconde fois celui qui avait versé entre les mains d'un possesseur de mauvaise foi les loyers qu'il aurait dû payer au locateur avec qui il avait contracté (2); mais on en sent facilement la raison : le preneur avait été fort imprudent. Au lieu de se libérer auprès de celui de qui il tenait la chose, il avait effectué les versements entre les mains d'un usurpateur sans qualité apparente. Nulle excuse n'était admissible (3); mais Papinien indique qu'il en eût été autrement s'il eût contracté avec le possesseur lui-même et non avec le propriétaire.

C'est pourquoi, si mon propriétaire de maison vient à mourir et que sa succession soit appréhendée par un héritier apparent, je ne ferai rien de répréhensible en lui payant mes loyers, et s'il vient à être évincé plus tard par un héritier plus proche, je ne pourrai être inquiété pour les actes faits de bonne foi.

323. Les fermiers de droits royaux ou publics peuvent, dans les grandes crises politiques, se trouver en présence d'événements de force majeure qui les obligent à payer ce qu'ils doivent à des pouvoirs de fait, vainqueurs du pouvoir légal. L'invasion peut aussi les placer dans le même embarras et la même contrainte. On a même vu dans nos troubles civils des fermiers ordinaires obligés de payer à des usurpateurs ce qu'ils ne devaient qu'au propriétaire expulsé. Mais les principes sur la force majeure viennent prévenir les difficultés. L'histoire rapporte que Charles VIII, s'étant emparé de Naples en 1464, se fit payer par les fermiers de l'État et de la couronne de tout ce qui était dû à Alphonse, roi de Sicile. Plus tard, Ferdinand, fils d'Alphonse, ayant repris possession de son royaume, voulut obliger les débiteurs à payer une seconde fois. Mais un célèbre et vertueux jurisconsulte, Mathæus de Afflictis, décida qu'ils ne devaient plus rien, et sa voix fut entendue (4).

La même question se présenta au milieu des troubles de la Ligue. Les fermiers des serviteurs du roi ayant été contraints de payer aux ligueurs, on demanda si les véritables propriétaires remis en possession devaient perdre leurs loyers et fermages. Mais on reconnut que les preneurs, ayant obéi à la force, étaient quittes et libérés (5).

324. Quelquefois ce n'est pas une substitution violente qui met un créancier à la place d'un autre; c'est un événement légal, par exemple, une saisie immobilière, une faillite. Voyons alors ce que doit faire le preneur pour se libérer valablement.

Le cas de saisie réelle a été prévu par les articles 689, 691 du Code de procédure civile. Les locataires de l'immeuble saisi doivent payer aux créanciers inscrits les loyers échus *depuis la dénonciation faite au saisi.* C'est envers eux qu'ils deviennent désormais débiteurs (6), et il a même été jugé qu'ils ne peuvent opposer aucune compensation pour ce que le saisi leur devrait encore, bien que cette compensation prît sa base dans un acte public passé longtemps avant la saisie (7).

325. Mais si des payements avaient été faits par anticipation (8), comme il arrive quelquefois, les créanciers n'auraient le droit de les critiquer qu'autant qu'ils auraient été faits frauduleusement (9); bien entendu, cependant, que si le bail n'avait pas acquis de date certaine avant le commandement à fin de saisie, les créanciers pourraient le faire tomber (art. 691 C. pr. c.).

326. Lorsque le propriétaire tombe en faillite, il est dessaisi de l'administration de tous ses biens (article 442 C. de com.). Ce n'est donc plus à lui que les payements de loyers et fermages doivent être faits. C'est à ses créanciers représentés tour à tour par les agents de la faillite et les syndics.

327. Quand un immeuble loué est vendu, il arrive souvent que le nouvel acquéreur ne se fait pas sur-le-champ connaître. D'après ce que j'ai dit ci-dessus au no 322, il est inutile de rappeler ici que les payements faits au précédent propriétaire, dans l'ignorance de la mutation, sont irréprochables. Mais ce qui donne lieu à des difficultés, c'est qu'assez ordinairement les quittances de loyers se font sous seing privé, et restent dépouillées de la formalité de l'enregistrement. Or, on a vu, dans plus d'une occasion, le nouveau propriétaire prétendre que ces quittances, n'ayant pas de date certaine, ne devaient pas lui être opposées, aux termes de l'art. 1328 du Code civil.

Cette prétention a toujours été repoussée par la jurisprudence (10); et elle devra l'être dans tous les cas où des créanciers et des tiers viendront critiquer la date des payements de loyers échus. On aperçoit sans peine que l'art. 1328 ne doit pas être pris à la rigueur dans une matière où tout est censé se passer de bonne foi et d'accord avec les parties contractantes. L'échéance du terme fait supposer que le preneur s'est acquitté de son obligation; le bailleur n'aurait pas manqué d'élever la voix et de l'inquiéter s'il eût été en retard; son silence est une preuve que le preneur a satisfait ponctuellement à un devoir que les pères de famille diligents s'empressent de remplir avec exactitude aussitôt que le terme est arrivé. On sait que ce n'est pas la première fois que l'art. 1328 reçoit de la jurisprudence de sages tempéraments (11). Celui-ci est commandé par la bonne foi, par des usages respectables (12), et surtout par des présomptions imposantes qui font taire les doutes dont le législateur était pénétré quand il édictait l'art. 1328.

328. Non-seulement les quittances de loyers faites sous seing privé font preuve de leur date; mais encore elles font présumer, lorsqu'elles sont sans réserve, que les termes précédents ont été acquittés (13). Non pas que ce soit là une présomption *juris et de jure* devant laquelle la conscience du juge doive plier. Non! Mais c'est un grave indice, une présomption

(1) Arg. de l'art. 1240 C. C. Besançon, 15 février 1827 (D., 33, 2, 147).

(2) L. 55, D. *De cond. indeb.*

(3) V. les notes de Godefroy sur cette loi.

(4) Bouchel, *Bibliothèq. du droit français*, vo Louage.

(5) Id. Voyez aussi Voët, *Loc. cond.*, no 28. Ensemble la loi 27, § dernier, D. *De leg.*, 30.

(6) Mon Comm. des *Hypothèques*, t. 3, no 777 *ter.*

(7) Rouen, 17 mai 1825 et 14 septembre 1826 (D., 30, 2, 66).

(8) Sur les payements anticipés faits par les sous-locataires, V. *infr.*, nos 539 et 540.

(9) V. mon Comm. des *Hypothèques*, *loc. cit.* M. Duvergier a présenté les mêmes arguments que moi (*Louage*, t. 1, no 464); mais il ne me cite pas.

(10) Besançon, 15 février 1827 (D., 33, 2, 147). Bordeaux, 24 février 1826 (D., 26, 2, 210). *Infr.*, no 543.

(11) Mon Comm. de la *Vente*, no 910.

(12) V. mon Comm. de la *Prescription*, no 621.

(13) M. Delvincourt, t. 3, p. 195, in-8o, t. 7, p. 229. Il cite Blackstone.

puissante, qui, dans la plupart des cas, fera taire les réclamations du demandeur (1).

329. Quand le bailleur a laissé écouler le temps voulu pour prescrire les loyers et fermages, c'est-à-dire 5 années, il échoue dans sa demande. L'art. 2277 du Code civil, qui règle le point de droit, a été traité dans mon Commentaire de la *Prescription* avec des développements auxquels je renvoie.

330. Mais on peut aller plus loin et dire que lorsque les fermages comprennent certaines faisances et prestations en nature, comme des charrois, il n'est pas nécessaire de recourir, pour cette nature de redevances, aux règles ordinaires de la prescription; qu'il suffit de leur opposer une déchéance tirée de ce qu'elles n'ont pas été exigées en temps et lieu; qu'en un mot, elles ne sont pas susceptibles de s'arrérager. C'est ce qu'a décidé la cour de Bourges, par arrêt du 6 avril 1830 (2). Il est vrai que, dans l'espèce, il y avait quelques reproches de négligence à adresser au bailleur. Une sommation avait été faite par lui, mais il n'y avait donné aucune suite, et rien ne prouvait que le fermier n'y eût pas satisfait. Mais toujours est il que la cour commence par établir en droit que les prestations de charrois ne s'arréragent pas.

Quoique cet arrêt ait été critiqué sous ce point de vue par les arrêtistes, je pense qu'il y a du vrai dans sa pensée. En effet, presque toujours les charrois ont un objet déterminé, et n'ont d'utilité qu'à certaines époques fixes et pour une certaine cause spéciale et précise. Tels seraient, par exemple, les voyages que le fermier devrait faire pour venir prendre, avec ses chevaux et sa voiture, le propriétaire arrivant de la ville, et le conduire à la ferme; tels seraient encore les transports qui devraient être effectués à la vendange, ou pour la réparation de l'avenue du château, etc., etc. (3). Il est évident que ces sortes de prestations ne sont pas de nature à s'arrérager. Si le propriétaire se rend à sa maison des champs sans mettre son fermier en réquisition; s'il fait réparer son avenue sans exiger de charrois; s'il finit sa vendange sans employer les voitures du preneur, l'obligation de celui-ci sera éteinte dès l'instant que le besoin en vue duquel elle avait été établie aura été satisfait par un autre moyen. On aperçoit donc combien il serait ridicule à un propriétaire de demander, après coup, des réparations pécuniaires pour une inaction qui serait de son fait (4). Au surplus, les magistrats pèseront les circonstances qui, on le voit, ont ici une grande influence. Mais, avouons-le, alors même que la nature de la prestation se placerait en dehors des cas que nous venons de prévoir, bien souvent la force des choses portera les tribunaux à condamner le maître qui viendra fatiguer le fermier par des réclamations tardives; et ils seront enclins à considérer comme accomplies des obligations qu'on n'est pas dans l'usage de laisser s'arriérer.

331. Quoique notre article fasse au preneur une obligation capitale de payer le prix stipulé dans le contrat, il faut cependant le concilier avec les articles précédents qui, dans certaines circonstances, l'autorisent à exiger une diminution. Nous nous sommes expliqué à cet égard dans le commentaire des articles 1722, 1724, 1726. Il nous suffira de remarquer ici que la demande en payement trouvera toujours, dans l'hypothèse de ces articles, une exception péremptoire qui fera surseoir au payement du prix jusqu'à la liquidation de l'indemnité ou diminution proportionnelle (5).

332. Lorsque le preneur a satisfait à l'obligation de payer le prix, il n'est pas encore tout à fait quitte envers le bailleur; et il doit le rembourser de l'impôt des portes et fenêtres que celui-ci a payé à sa charge. Mais, par contre, le propriétaire est tenu envers le preneur de l'impôt foncier, dont ce dernier a fait l'avance au trésor.

Mais cette proposition demande quelques éclaircissements (6).

333. L'art. 147 de la loi du 3 frimaire an VII oblige les fermiers et locataires de payer à l'acquit des propriétaires et usufruitiers, la contribution foncière pour les biens qu'ils tiennent à ferme ou à loyer. Toutefois, cette obligation envers le fisc ne les constitue pas débiteurs de l'impôt au regard des propriétaires ou usufruitiers; car le même article leur donne un recours contre ces derniers pour se remplir de cette avance, et elle les autorise à porter les quittances de contribution comme argent comptant dans leurs comptes de fermages et loyers (7). Ainsi, envers le trésor, le preneur est débiteur; mais il a son recours contre le propriétaire, et ce recours s'exerce en moins payant quand le moment de payer le terme est arrivé (8). C'est aussi ce qui avait lieu dans notre ancien droit (9).

Remarquons, du reste, que la loi du 19 avril 1831 sur les élections, autorise le fermier par bail authentique de 9 ans au moins, qui exploite par lui-même, à se prévaloir du tiers des contributions payées par la propriété; sans toutefois que ce tiers soit retranché du cens électoral du propriétaire (art. 9).

334. Quant à la contribution des portes et fenêtres, c'est une charge de la possession du preneur; lui seul doit rester grevé en définitive. C'est pourquoi la loi du 19 avril 1831 lui en tient compte pour la formation du cens électoral (10). Mais ce n'est pas contre lui que l'action du fisc se dirige, c'est contre le propriétaire, sauf le recours de celui-ci contre le preneur (11).

335. Voilà pour les charges et impôts ordinaires.

Quant aux charges extraordinaires, telles qu'emprunts forcés, contributions extraordinaires, etc., il semblerait qu'elles dussent frapper exclusivement sur le propriétaire, car elles sont une dette de la propriété (12); mais presque toujours le législateur en met une part au compte du fermier (13).

---

(1) M. Toullier, t. 7, n° 339. Dumoulin, sur Paris, § 78, glose 1, n° 41. Pothier, *Louage*, n° 179. *Obligat.*, n° 812. Rousseau de Lacombe, *Arrérages*, n° 1.

(2) Dall., 33, 2, 11.

(3) *Infr.*, n° 677.

(4) *Junge* M. Duvergier, t. 2, n° 131.

(5) Paris, 29 avril 1817 (S., 18, 2, 50). Cassat., 29 novembre 1832 (D., 33, 1, 108. S., 33, 1, 18). *Junge* M. Duvergier, t. 1, n° 480.

(6) M. Zachariæ, t. 3, p. 12, n° 2. Pothier, *Louage*, nos 211 et 214. M. Merlin, Rép., v° *Bail*, § 9, n° 4.

(7) *Junge* décret du 9 janvier 1814. Loi du 19 avril 1831, art. 9. M. Duranton paraît avoir ignoré ces dispositions, du *Louage*, n° 76.

(8) M. Duvergier établit avec raison que le preneur ne pourrait pas exiger immédiatement son remboursement par action personnelle; qu'il est seulement autorisé à imputer sur les termes à échoir, t. 1, n° 348.

(9) Pothier, n° 214.

(10) Art. 6.

(11) Loi du 4 frimaire an VII, art. 12.

(12) Pothier, n° 211. Cassat., 10 août 1833. D., 33, 1, 336.

(13) Loi du 4 brumaire an IV. Décret du 9 janvier 1814. Avis du conseil d'État du 19 janvier 1814. Loi du 19 avril 1831. M. Duvergier, t. 1, n° 352.

Le locataire supporte aussi, comme habitant, sa contribution au logement des gens de guerre. C'est une charge à laquelle il est assujetti, même lorsqu'il loue en garni (1) ou qu'il ne réside pas habituellement dans la maison (2).

A l'égard du balayage de la rue, je pense que lorsqu'il n'y a qu'un seul locataire dans la maison, c'est sur lui que tombe cette charge (3). Mais s'il y a plusieurs locataires, le propriétaire reste seul obligé, alors même qu'il n'habite pas la maison; il répond, aux yeux de l'autorité publique, de ceux qu'il s'est substitués, et entre lesquels la police ne peut raisonnablement répartir les peines et les poursuites (4).

336. Du reste, il est rare que les contrats de baux ne portent pas quelque clause particulière sur les impôts. Souvent les locataires stipulent que le locateur payera sans recours la contribution des portes et fenêtres; un grand nombre de baux à ferme portent la clause que les impôts fonciers resteront à la charge du fermier (5).

Enfin, les propriétaires stipulent fréquemment que le balayage sera à la charge des locataires ou de tel locataire; mais, à cet égard, la stipulation du contrat n'affranchit pas le propriétaire de sa responsabilité envers l'autorité; elle ne fait que lui donner un recours contre ses locataires (6).

Article 1730.

S'il a été fait un état des lieux entre le bailleur et le preneur, celui-ci doit rendre la chose telle qu'il l'a reçue, suivant cet état, excepté ce qui a péri ou a été dégradé par vétusté ou force majeure.

Article 1731.

S'il n'a pas été fait d'état des lieux, le preneur est présumé les avoir reçus en bon état de réparations locatives, et doit les rendre tels, sauf la preuve contraire.

Article 1732.

Il répond des dégradations ou des pertes qui arrivent pendant sa jouissance, à moins qu'il ne prouve qu'elles ont eu lieu sans sa faute.

SOMMAIRE.

337. Liaison. Pensée commune des art. 1730, 1731, 1732. Le preneur doit rendre la chose dans l'état où il l'a reçue. Exemples.
338. Il serait responsable s'il laissait perdre par non-usage une servitude dont il aurait eu connaissance.
339. Il n'est pas responsable de la force majeure et de la vétusté non plus que du fait des autres locataires.
340. Preuves de l'état des lieux au moment du bail. Le preneur est censé avoir reçu les lieux en bon état de *réparations locatives*.
341. De l'état des lieux.
342. C'est au preneur à prouver que les dégradations qui ont lieu pendant sa jouissance ne sont pas de son fait. Cette règle est conforme au droit ancien.
343. Mais la présomption n'a lieu que lorsqu'il est constant que la dégradation a eu lieu pendant le bail. Difficultés à cet égard.
344. Suite.
345. De quelle faute est tenu le preneur.
346. Le bailleur peut agir même pendant la durée du bail.
347. Nos trois articles s'appliquent au louage des meubles.
348. Compétence sur les actions en réparations locatives et pertes.
349. Suite.
350. Suite.
351. Des réparations faites par le preneur.
352. Des *réparations* et *impenses nécessaires*.
353. Des réparations *utiles* ou *voluptuaires* qui peuvent être enlevées.
354. Le bailleur peut-il exiger que le preneur les laisse, sauf récompense.
355. Des réparations utiles ou voluptuaires qui ne peuvent être enlevées. Le preneur n'a pas d'action en indemnité.
356. Mais pourra-t-il faire disparaître les améliorations en les détruisant, sauf à laisser les lieux dans leur ancien état. Arrêt curieux du parlement de Paris.

COMMENTAIRE.

337. Les art. 1730, 1731, 1732, sont unis entre eux par des liens si intimes, qu'il est difficile d'en présenter le commentaire séparé. Ils se réunissent en effet dans cette pensée commune : que le preneur

(1) Paris, 19 décembre 1815 (Dalloz, *Louage*, p. 935; in-8° t. 19, p. 46). Sirey, 16, 2, 110.

(2) Colmar, 7 décembre 1816 (Dalloz, *Louage*, p. 935; in-8°, p. 46).

(3) *Junge* M. Duvergier, t. 2, n° 30.

(4) Cassat., 6 avril 1833 (D., 33, 1, 287); 13 février 1834 (D., 34, 1, 170); 24 avril 1834 (D., 34, 1, 382).

(5) Lorsqu'il a été stipulé dans un bail que le preneur s'engageait à supporter, à la décharge du bailleur, les contributions mises et à mettre sur l'objet loué, le preneur ne doit être censé s'être soumis à supporter cette charge que pour autant que le bailleur pût lui-même en être tenu. Il peut donc se prévaloir contre le bailleur agissant en restitution envers lui, de la prescription que ce bailleur pouvait opposer au fisc (12 juillet 1831, C. de Bruxelles; Jur. de Belg. 1831, 1, 276).

Quelles que soient les clauses qui aient pu être insérées dans les baux passés avant l'établissement du nouveau système de contribution décrété les 20, 22 et 23 nov. 1790, les fermiers n'ont été tenus à autre indemnité que celle de la dîme et des anciens impôts, lorsqu'ils en étaient chargés (27 déc. 1810, C. de Brux.; Déc. not., t. 19, p. 142). (*Édit. belge.*)

(6) Cassat., 24 avril 1834 (D., 34, 1, 352).

est tenu de rendre la chose dans l'état où il l'a reçue ; pensée qui en elle-même n'est que le corollaire de cet autre principe formulé dans l'art. 1728, savoir, que le preneur doit en user en bon père de famille (1).

Ainsi, le preneur a-t-il fait subir à la chose des changements de forme que le bailleur n'approuve pas, a-t-il coupé les pièces par des cloisons, supprimé des alcôves, bouché des jours, il est de son devoir de faire disparaître ces modifications que le bailleur a pu tolérer tant que le bail a duré, mais dont il a droit à voir les lieux débarrassés lorsqu'il rentre dans l'usage de sa chose. Il ne serait pas de la bonne foi d'un père de famille scrupuleux de vouloir imposer à autrui des arrangements que son intérêt seul avait déterminés.

Ou bien, le preneur qui avait reçu la chose en bon état de réparations de toute espèce, la rend-il avec des dégradations; laisse-t-il les marbres des cheminées écornés, les glaces cassées, les dalles des salles à manger fendues, il faut qu'il en fasse la réparation à ses frais : « Item prospicere debet con- « ductor, disait Ulpien, ne, in aliquo, vel jus rei, « vel corpus deterius faciat vel fieri patiatur (2). » Il doit rendre la chose dans l'état où elle était (3), et ce n'est pas remplir cette obligation que de la rendre dégradée (4).

338. Il faut même aller jusqu'à dire que si le preneur laissait perdre par non-usage quelque servitude utile à la chose louée, dont il aurait eu pleine connaissance, il serait responsable, aux termes de l'art. 1732. Telle était l'opinion d'Accurse, et le président Favre lui donne son assentiment (5).

339. Toutefois, la responsabilité du preneur s'efface, lorsque le dommage éprouvé par la chose louée a pour cause, 1° une jouissance non exclusive et partagée entre le preneur et d'autres locataires, ainsi que je l'expliquerai au n° 390 (6); 2° la force majeure ou la vétusté.

La vétusté et la force majeure marchent toujours sur la même ligne (7). Or, on a vu par le commentaire de l'art. 1722, que, loin que le preneur soit responsable de la force majeure, c'est lui au contraire qui a une action contre le bailleur pour faire diminuer le prix du bail quand la force majeure a fait périr une partie de la chose. L'art. 1730 ne veut pas davantage que le preneur soit responsable des effets de la vétusté, et sa disposition se trouve rappelée dans l'art. 1755; car la vétusté est une sorte de force majeure; elle est l'effet inévitable du temps, qui use avec lenteur et dégrade insensiblement les plus solides ouvrages de la main des hommes.

340. Mais ici deux difficultés se présentent sur la preuve des conditions dans lesquelles se trouvait la chose alors qu'elle a été livrée, et des faits qui sont venus la modifier ou l'altérer. Qui prouvera l'état des lieux au moment du bail? Qui prouvera ensuite que les pertes et dégradations n'ont eu lieu que par vétusté et force majeure?

Sur le premier point, il y a une considération qui frappe l'esprit tout d'abord : c'est que le bailleur étant obligé, par l'art. 1720, de livrer au preneur la chose louée en bon état de réparation de toute espèce (8), est présumé avoir rempli cette obligation, au moins en ce qui concerne les réparations locatives. On ne suppose pas que le preneur eût consenti à recevoir la chose, si le bailleur ne l'eût pas mise dans l'état où la loi veut qu'elle se trouve quand le bail commence, et surtout dans l'état où lui, preneur, doit la rendre lors de sa sortie des lieux. De là une présomption légale posée par l'article 1732; c'est que le preneur est censé avoir reçu les lieux en bon état de réparations locatives.

Notez bien cependant que la loi ne suppose pas de plein droit que le preneur a reçu les lieux en bon état de réparation de toute espèce. Non! la présomption se concentre sur les réparations locatives (9) et ne va pas au delà. Pourquoi cela? Parce qu'il est à croire que le preneur se sera beaucoup moins inquiété des grosses réparations qui ne sont pas à sa charge pendant la durée du bail; tandis qu'il aura dû être plus exigeant à l'égard des réparations locatives qui sont à ses frais tant qu'il occupe les lieux (art. 1720).

Ainsi donc, en l'absence de toute autre preuve, le bailleur est censé avoir mis la chose en état, et y avoir fait préalablement les réparations locatives; d'où il suit qu'à sa sortie, le preneur doit faire en sorte qu'elle ne soit affectée d'aucune dégradation de cette espèce.

Toutefois, cette présomption n'est pas de celles qu'aucune preuve contraire ne peut ébranler. L'article 1732 réserve expressément au preneur la facilité de prouver par tous les moyens qui sont en son pouvoir, même par témoins (10) que les lieux n'étaient pas en bon état de réparations locatives (11).

341. Mais cette preuve n'est pas toujours facile. Il y a un moyen plus sûr d'en prévenir la nécessité : c'est de dresser, lorsque le bail commence, un état contradictoire des lieux (art. 1730). Par là tous les doutes se trouvent levés. Les lieux sont décrits d'une manière circonstanciée; on sait si la chose était ou non en bon état lorsqu'elle a été confiée à la foi du preneur; on sait aussi dans quel état elle devra se trouver quand il en fera remise au propriétaire; car il faudra qu'en fin de compte son état soit le même qu'au commencement, sauf les dégradations occasionnées par force majeure et par vétusté.

342. Maintenant voilà le preneur en possession; or, sa jouissance doit être celle d'un bon père de famille, qui préserve la chose des dégradations ou des pertes qui sont le fait de l'homme. Il sera donc responsable de toutes les altérations provenant de sa faute (art. 1732). Il y a plus, c'est que les dégradations existantes à la fin du bail, seront censées être de son fait. La présomption de la loi est encore ici tournée contre lui (art. 1732), et c'est à lui à prouver qu'elles ont eu lieu par vétusté ou par force majeure (12).

---

(1) V. *supr.*, n° 298, le texte d'Ulpien.

(2) L. 11, § 2, D. *Loc. cond.*

(3) L. 25, C. *Loc. cond.*

(4) L. 3, § *Si reddità*, D. *Commod.* L. 1, § *Si res*, D. *Depositi.* L. 39, § *Si quis*, D. *De verb. oblig. Infr.*, nos 550 et suiv.

(5) Sur la loi 11, § 2, D. *Loc. cond.* (*Ration. ad Pand.*).

(6) V. cependant l'art. 1734.

(7) L. 30, § 4, D. *Loc. cond, Vis et vetustas* (Alfenus).

(8) *Supr.*, n° 164.

(9) *Supr.*, n° 178, la définition des réparations.

(10) On conçoit difficilement qu'un professeur aussi distingué que M. Delvincourt ait pu penser que la preuve testimoniale n'est pas admissible, si l'objet du litige excède 150 fr. (t. 3, p. 194 ; in-8°, t. 7, p. 227). Il s'agit ici de prouver un fait et non une convention (M. Duranton, *Louage*, n° 101. M. Duvergier, t. 1, n° 443).

(11) Bourges, 2 mars 1825 (D., 26, 1, 111, S., 25, 2, 358).

(12) Pothier, n° 199.

M. Duvergier pense que dans l'ancien droit il était de règle que le bailleur dût prouver que les dégradations dont il demandait la réparation étaient occasionnées par la faute du preneur, et cette jurisprudence lui paraît conforme aux principes généraux (1). Mais il n'en est rien. Lisez plutôt Pothier, que M. Duvergier a omis de consulter. Il vous dira : « Le locataire est déchargé de l'obligation de rendre la chose, si la « chose a péri sans sa faute; *mais il doit enseigner et « justifier comment elle a péri*; autrement elle est « présumée avoir péri par sa faute (2). » Lisez même « Gomez, que M. Duvergier cite sur la foi trompeuse de Despeisses (3). Loin que Gomez ait placé sous le patronage de son érudition l'erreur qu'on lui prête, il suppose au contraire que c'est au locataire à prouver la force majeure. Seulement, il examine si, la force majeure étant établie par lui, il doit aller jusqu'à justifier qu'elle a eu lieu sans sa faute; et il résout qu'en général il lui suffit de prouver la force majeure; mais que, s'il s'agit d'un individu exerçant une profession qui a déterminé le contrat de louage, comme un berger à qui l'on a confié un cheptel, c'est à lui à prouver que les bestiaux ont péri sans sa faute; ainsi il va bien plus loin que l'art. 1808. Enfin il pense qu'il en est de même dans les cas d'accidents qui, très-souvent, arrivent par la faute de l'homme, comme l'incendie (4), le vol, la fuite des esclaves (5)!

Il n'est donc pas exact de considérer l'art. 1732 comme introductif d'un droit nouveau. Il n'est que l'écho des anciens, des éternels principes; il est fondé sur cette règle : que le preneur, étant obligé de rendre la chose dans l'état où elle lui a été confiée, doit, lorsqu'il la restitue dégradée et dépréciée, prouver la cause de ces changements. Nous retrouvons ici la doctrine que nous avons enseignée aux nos 221, 222, 223.

343. Mais (faisons-y bien attention) pour que le preneur soit responsable, de droit, des dégradations, il faut qu'il soit constaté qu'elles ont eu lieu pendant sa jouissance; c'est la condition exigée par l'art. 1732. On sent, en effet, que la loi n'a pas voulu que le bailleur se déchargeât sur le preneur de réparations qui auraient pour cause des pertes ou des dégradations antérieures à son administration.

Mais à qui la preuve de cette condition? au preneur ou au bailleur?

Cette question se résout par les idées que nous avons développées aux nos 340 et suiv.; ou plutôt c'est la même question reproduite sous une autre face.

D'abord, elle ne saurait se présenter pour le cas où il a été fait un état des lieux. Cette description détaillée fera toujours connaître si la détérioration est antérieure ou postérieure au bail.

Elle ne peut se présenter non plus lorsque, n'y ayant pas d'état des lieux, il s'agit seulement de réparations locatives, puisque le preneur est censé avoir reçu les lieux en bon état sous ce rapport.

Il n'y aura donc lieu à la poser que lorsque la difficulté roule sur des dégradations de gros entretien, et qu'il n'a pas été fait d'état des lieux. Par exemple : Pierre vous a loué une maison, et vous avez pris possession sans état descriptif. Au moment où le bail expire, Pierre s'aperçoit qu'une des poutres qui supportent le grenier a fléchi par le milieu; et, sous prétexte que vous avez pu occasionner cette dégradation en encombrant outre mesure le grenier, il exige que vous vous chargiez de cette dégradation. Y sera-t-il fondé?

Je réponds qu'avant tout Pierre devra prouver qu'au moment où la maison vous a été livrée la poutre était en bon état. Ici, aucune présomption légale ne milite contre vous. D'une part, vous n'êtes pas censé avoir reçu la maison en bon état de réparation de gros entretien. D'autre part, aucune description de la maison ne constate que la poutre n'était pas, au principe du bail, dans l'état où on la trouve aujourd'hui. Vous êtes donc en droit de soutenir que la chose ne vous a pas été livrée dans un état de parfaite conservation; de même que c'était à vous à faire faire un état descriptif pour vous décharger de la responsabilité des dégradations locatives antérieures au contrat, de même c'était au bailleur qu'il appartenait de constater par une semblable description que la chose était exempte de grosses dégradations. Ainsi donc, la présomption qui incombe contre le locataire, lorsqu'il s'agit de réparations locatives, se rétorque contre le bailleur quand on discute sur des réparations de gros entretien. Ces réparations ne sont censées provenir de la faute du preneur qu'autant que le bailleur justifie qu'elles sont postérieures au bail.

344. Au surplus, il est ordinairement assez facile (pour les architectes surtout) de reconnaître si les réparations de gros entretien viennent de vétusté, de vice de construction, ou du fait des personnes qui occupent l'immeuble (6).

Il y a aussi des causes de dégradation dont la date s'annonce avec trop d'éclat pour qu'on puisse l'ignorer; telle est l'incendie.

345. Maintenant qu'on est bien fixé sur la position respective des parties, et sur les réparations qui tombent de droit aux frais du preneur, il reste à examiner une difficulté. Elle consiste à savoir de quelle espèce de faute il est tenu. Est-ce de la faute lourde seulement? ou bien aussi de la faute légère et même de la faute très-légère?

Les meilleurs interprètes (7) du droit romain étaient d'accord en général pour repousser la faute très-légère, au moins dans le louage des choses (8). Il y avait toutefois dans ce système deux textes embarrassants, c'est le § 5 des Inst. au titre *de Loc.*, où il est dit que le preneur doit avoir tous les soins que pourrait avoir l'homme le plus diligent : *diligentissimus paterfamilias*; c'est encore la loi 25 § 7, D. *Loc. cond.*, dans laquelle Gaïus tient le même langage; mais on répondait aux Institutes en disant que le superlatif n'avait là d'autre valeur que celle du positif, comme il y en a plus d'un exemple dans les livres du droit romain. Quant à Gaïus, on l'expliquait en montrant qu'il ne s'occupait que d'un louage d'industrie, et que, s'il allait jusqu'à imputer la faute très-légère, c'était à l'égard d'un individu qui faisait métier de transporter des marchandises fragiles, et de qui,

(1) T. 1, no 407.
(2) No 199.
(3) Despeisses n'a aucune autorité doctrinale. Son ouvrage n'est cité que comme table des matières.
(4) *Infr.*, nos 363 et suiv.
(5) Variar. resolut., t. 2, c. 3, *De loc. cond.*, nos 21 et 22. Pothier cite aussi le vol comme imputable au preneur, no 429, *Louage*. Voyez *infrà*, no 824.
(6) Lepage, *Lois des bâtiments*.
(7) Pothier, *Louage*, no 192. Vinnius, sur les Inst. *Loc. cond.*, § 5, nos 1, 2, 3. Connanus, lib. 7, cap. XI, no 10. Voët, *Loc. cond.*, no 29. Favre, *De errorib.*, Déc. 75, c. 1. *Junge* Legrand, *sur Troyes*, t. 2, p. 337, nos 15, 16 et suiv.
(8) Sur le fondement des lois, 9, § 3; 11, § 3; 13, § 1; 31, D. *Loc. cond.*

par conséquent, on devait exiger une diligence très-exacte (1).

Le Code civil, qui doit faire notre règle, ne nous livre pas à ces combats de textes et d'interprétations. Ses dispositions sont nettes et positives. Il rend le locataire responsable de *la faute* (art. 1732, 1733). Il exige de lui les soins du *bon père de famille* (1728, 1806); il bannit les superlatifs. Par là, il rejette la faute très-légère.

M. Duvergier croit cependant qu'elle doit être imputée au locataire (2). C'est de sa part une fidélité honorable, mais peut-être trop docile aux doctrines de M. Toullier, dont j'ai essayé de montrer l'imperfection dans mon Commentaire de la *Vente* (3). Je ne puis que renvoyer à ma dissertation sur la matière des fautes, insérée dans cet ouvrage. J'y persiste avec d'autant plus de confiance (4), que je me trouve d'accord, sans l'avoir su, avec un savant jurisconsulte allemand, M. Zachariæ, dont les solutions sont absolument conformes aux miennes (5). On verra, je l'espère, dans cette dissertation un examen approfondi des textes du Code civil et des systèmes des jurisconsultes modernes (6).

346. C'est ordinairement à la fin du bail que le

---

(1) Voët, n° 30.

(2) T. 1, n° 410.

(3) N° 361.

(4) V. une application, *Infr.*, n° 664. Elle est remarquable.

(5) Cours de droit civil français, t. 2, p. 319 et 320, que je ne connaissais pas quand j'ai publié mon Comm. de la *Vente*.

(6) Je répondrai seulement, et en peu de mots, à trois objections de M. Duvergier.

Première objection. J'avais cherché à enlever à M. Toullier l'appui des art. 1382 et 1383, en disant qu'étrangers à la matière des *contrats*, ils ne se réfèrent qu'à la matière des *délits et des quasi-délits;* qu'ainsi ils ne sauraient servir à interpréter et à limiter l'art. 1137, règle des *fautes contractuelles*.

J'ajoutais que les motifs de sévérité qui, dans les art. 1382 et 1383, ont pu déterminer le législateur à tenir compte de la faute très-légère, ne se rencontrent plus, lorsque la faute est commise par un individu avec qui on a consenti à traiter et à qui on n'a pas expressément imposé une diligence plus grande que celle du père de famille diligent.

M. Duvergier m'adresse d'abord une critique de mots et me reproche d'avoir appelé *faute contractuelle* une faute commise après la formation et non pas contre la lettre expresse du contrat (*Vente*, n° 179). Je pourrais donner de très-bonnes raisons pour défendre une locution que tout le monde comprend; mais j'ai hâte de passer à quelque chose de plus sérieux.

M. Duvergier pense que les motifs sur lesquels je me fonde pour repousser les art. 1382 et 1383 sont au contraire de nature à les faire admettre; car, dit-il, plus on a suivi la foi d'un individu, plus la loi doit être sévère pour punir les abus de confiance que commet ce même individu. — A cela, deux réponses:

1° La mesure de pénalité que M. Duvergier préfère à la mienne n'est pas celle à laquelle nos lois pénales ont donné la préférence. Car l'art. 401 du Code pénal de 1810 punit d'un emprisonnement *d'un an au moins et de cinq ans au plus* l'auteur d'un vol ordinaire, d'un larcin, d'une filouterie; tandis que l'art. 408 ne punit l'abus de confiance que d'un emprisonnement de *deux mois au moins et de deux ans au plus!*

2° Au surplus, le nœud de la difficulté n'est pas là, et faire dépendre uniquement la solution de la question, de savoir si celui à qui on s'est confié est plus coupable que celui avec qui on n'a pas traité, c'est n'envisager qu'une des faces de la position des parties. Ce dont il faut tenir compte surtout, c'est la possibilité qu'a eue le créancier de dicter la loi du contrat et d'imposer une responsabilité aussi sévère que possible. C'est pourquoi je dirais: « Si le créancier avait voulu plus que l'exactitude du bon père de « famille, il aurait fallu qu'il en fît l'objet d'une stipulation ex- « presse. Son silence est une preuve qu'il n'a rien exigé d'extraor- « dinaire et de trop onéreux! » A cela M. Duvergier ne répond rien, et d'ailleurs qu'aurait-il pu répondre?

2° objection. J'ai critiqué la rédaction de l'art. 1137; mais la *rédaction seulement!* car, du reste, j'ai reconnu que cet article *a un grand sens* et *qu'il a introduit d'heureuses améliorations*. Eh bien! ces concessions ne suffisent pas à M. Duvergier. Il s'étonne que l'art. 1137 *n'ait pas trouvé grâce devant moi*.

Ce qui n'a pas trouvé grâce devant moi, c'est que l'art. 1137 ait annoncé qu'il y a des cas où le débiteur est tenu à plus de soins que ceux d'un bon père de famille, c'est-à-dire de la faute très-légère, tandis que, dans aucun des articles qui suivent, le mot de faute très-légère n'est prononcé.

Ce qui n'a pas trouvé grâce devant moi, c'est que l'art. 1137 ait déclaré proscrite la distinction des interprètes du droit romain entre les conventions qui ont pour objet l'utilité du détenteur, et celles qui ne lui procurent pas d'avantages. Tandis que, dans les art. 1374, 1928 et 1992, nous voyons que le détenteur n'est tenu que de la faute lourde, précisément parce que la détention de la chose est sans utilité pour lui!

M. Duvergier a cru que je faisais résulter ce dernier défaut d'harmonie d'une contradiction entre le paragraphe premier et le paragraphe second de l'art. 1137. Ce n'est pas ce que j'ai dit, et dès lors il était inutile de m'opposer la paraphrase de l'orateur du gouvernement. J'ai trouvé ce manque d'ensemble dans le rapprochement de l'art. 1137 et des art. 1374, 1928 et 1992!

3° objection. Pour prouver que le Code n'a pas complétement passé sous silence la faute très-légère annoncée par l'art. 1137, M. Duvergier s'empare de l'art. 1733 et m'oppose, avec M. Toullier (t. 11, n° 161), que cet article n'exempte le locataire de la responsabilité de l'incendie qu'autant qu'il établirait l'une de ces quatre excuses: 1° Cas fortuit, 2° force majeure, 3° vice de construction, 4° communication du feu par un mauvais voisin; qu'ainsi une faute quelconque rend le preneur responsable (V. M. Duvergier, *Louage*, t. 1, n° 410).

On pourrait tirer le même argument de l'art. 1784, dont ne parle pas mon contradicteur.

Mais les art. 1728, 1732, 1806, répondent péremptoirement; en effet, ils ne demandent au preneur que les *soins d'un père de famille diligent;* ils ne lui imputent que *la faute;* c'est-à-dire le manquement dont un *père de famille diligent* ne se rend pas coupable; ils ne parlent pas de *faute très-légère;* ils ne vont pas jusqu'à exiger de lui la *vigilance d'un père de famille très-diligent*.

Or, ces art. (et surtout les art. 1728 et 1732) sont le commentaire naturel et nécessaire de l'art. 1733.

D'où il suit que si le locataire a mis à prévenir le feu tous les soins d'un père de famille diligent, il sera irresponsable; et l'on devra attribuer le feu au cas fortuit, à la force majeure. Car, d'après Balde, la force majeure est: « Accidens quod per « *custodiam, curam*, vel *diligentiam* mentis humanæ non potest « evitari ab eo qui petitur » (sur la loi *quæ fortuit.*, C. *De pignor. act.*, n° 4), et cette définition nous rappelle ce mot de Neratius, *custodia adversus vim parùm proficit*, l. 31, D. *De act. empt.* Qu'est-ce que cette garde? qu'est ce que ces soins? Évidemment ceux du bon père de famille et rien de plus, à moins que la loi ne se montre plus exigeante. Eh bien! quelle est ici la mesure de responsabilité? Les art. 1728 et 1732 nous l'ont dit! Il suit de là que le locataire qui s'est conformé à leurs dispositions est exempt de faute, et là où cesse la faute, commence la faute majeure. *Casus fortuitus caret culpâ*, dit Médicis (quæst. 12, n° 10. V. *suprà*, n° 204 et les notes). Ce que nous dit le rapprochement des articles 1728, 1732 et 1733, les empereurs Dioclétien et Maximin l'avaient exprimé dans ce texte important à consulter ici: « In « judicio locati conducto *dolum et* custodiam, non etiam casum « cui resisti non potest, venire constat. » (l. 28, C. *Loc. cond.*) Ainsi, là comme dans le Code civil, la force majeure est ce que n'a pu empêcher la vigilance du bon père de famille. V. *infrà*, n° 385.

bailleur exige la mise en état des lieux et la réparation des fautes commises par le preneur pendant sa jouissance. Si, cependant, les dégradations étaient de telle nature qu'elles pussent compromettre d'une manière grave la bonne conservation de la chose, le bailleur aurait intérêt à agir avant la fin du bail. C'est ce qui arriverait si le locataire laissait les fenêtres sans carreaux de vitres, et que la pluie, pénétrant dans les appartements, étendît la pourriture sur les planchers et les plafonds; si le fermier négligeait de curer les fossés et que les eaux pénétrassent les terres d'une humidité qui nuisît pour l'avenir à leur fertilité (1).

347. Avant de dire quelques mots sur la compétence des tribunaux chargés de connaître des actions auxquelles donnent lieu les dégradations et pertes imputables au preneur, nous ferons remarquer que les art. 1730, 1731, 1732, quoique placés sous une rubrique restrictive, s'appliquent au louage de toutes choses.

348. Jetons maintenant un coup d'œil sur les actions nées des art. 1730, 1731, 1732.

Les actions relatives aux réparations locatives et aux dégradations et pertes imputées aux preneurs se portent devant le juge de paix, pourvu que la demande n'excède pas la somme de 1,500 fr. Ce magistrat les décide sans appel quand la demande ne s'élève que jusqu'à la valeur de 100 fr., et à charge d'appel quand elle arrive jusqu'au taux de la compétence en dernier ressort des tribunaux de première instance (2).

349. Quant aux dégradations causées par incendie et inondation, le juge de paix ne peut en connaître que dans les limites ordinaires de sa compétence, c'est-à-dire sans appel, si la demande arrive à 100 fr., et à charge d'appel si elle arrive jusqu'à 200 fr. (3).

La raison de cette différence se fait sentir d'elle-même. Les inondations sont un fait de force majeure; ce ne sont pas là des dégradations ayant pour cause la faute du preneur. En ce qui concerne les pertes occasionnées par l'incendie, elles sont quelquefois si graves, elles font naître tant de questions et de difficultés, qu'il ne fallait pas les assimiler aux autres natures de dégradations.

350. Au surplus, comme mon but n'est pas de mêler à mon sujet la discussion de questions qui se rattachent à des lois de procédure, j'arrête ici mes observations sur ce point, et je rentre dans mon sujet.

351. Si le preneur peut avoir dégradé la chose, il peut aussi l'avoir améliorée. Par exemple, il arrive quelquefois des circonstances qui, soit à raison de l'éloignement du bailleur, soit pour tout autre motif, mettent le preneur dans la nécessité de faire à la chose des réparations d'urgence et de gros entretien; de plus, il est possible que, pour son utilité ou son agrément, il ait fait des améliorations utiles ou voluptuaires, comme d'avoir tapissé les appartements, peint à neuf les boiseries et repiqué les plafonds, etc. Souvent les locataires font fixer dans des encoignures des armoires; ils font poser des stores aux fenêtres. Un fermier peut avoir fait des plantations et des constructions, ou créé des pépinières, etc., etc. Or, on demande si, quand il sort, il a droit de retirer les améliorations susceptibles d'enlèvement, et de demander une indemnité pour celles qu'il ne pourrait reprendre sans endommager la chose.

352. En ce qui concerne les réparations nécessaires, nul doute que le preneur n'ait droit d'être indemnisé. Il est venu au secours de la chose qui périclitait; il a fait ce que le bailleur devait faire. Celui-ci s'enrichirait à ses dépens s'il ne lui remboursait ses avances (4).

353. A l'égard des réparations simplement utiles ou voluptuaires, il y a d'autres règles à consulter.

Et d'abord, il faut distinguer si les améliorations sont susceptibles ou non d'être enlevées.

Dans le premier cas, le preneur peut en opérer le retrait pourvu qu'il laisse la chose dans son état primitif. L'art. 555 du Code civil nous offre ici un argument très-concluant. Quoiqu'il ne soit pas fait pour l'espèce précise qui nous occupe, il offre cependant, entre toutes les dispositions du Code, celle qui a le plus d'analogie avec notre sujet.

Vainement on lui opposerait l'art. 599 relatif à l'usufruitier, et qui (à part les additions voluptuaires, telles que celles de glaces, tableaux, etc., que l'usufruitier est fondé à enlever) veut que les améliora-

---

(1) Lepage, *Lois des bâtiments*, p. 2, ch. 3, p. 179. M. Carré, *Compét.*, t. 2, p. 379; éd. belge, in-8°, t. 4, p. 136. M. Duvergier, t. 1, n° 448. M. Curasson, *Compét. des juges de paix*, p. 452, n° 19.

(2) Art. 4 de la loi du 25 mai 1838. M. Curasson, p. 347, § 2, n° 15.

D'après l'article 10, n° 3, de la loi du 16-24 août 1790, le juge de paix connaît *sans appel* jusqu'à la valeur de 50 livres, et à charge d'appel à quelque valeur que la demande puisse monter;

3° Des réparations locatives des maisons et fermes;

4° Des indemnités prétendues par le fermier ou propriétaire pour non-jouissance lorsque le droit de l'indemnité ne sera pas contesté, et des dégradations alléguées par le propriétaire.

Cette loi n'était pas encore modifiée en France par la loi du 25 mai 1838, lorsque M. Duvergier a publié son *Traité du Louage*, dans lequel il invoque les dispositions de la loi de 1790. On peut consulter cet auteur aux n°s 450 et suivants. Des modifications sont proposées en Belgique à cette même loi, mais n'ont pas encore été votées par le sénat. (Septembre 1840.)

D'après l'art. 37 du projet adopté seulement par la chambre des représentants, l'art. 10 de la loi de 1790 n'a subi qu'un changement: c'est jusqu'à 100 fr., au lieu de 50, que le juge de paix statuerait en premier et dernier ressort.

(3) Art. 4 de la loi française précitée, du 25 mai 1838. M. Curasson, p. 354.

(4) Pothier, *Louage*, n° 129.

Celui qui a pris à bail des biens d'une personne qu'il croit de bonne foi en être le propriétaire, peut réclamer, à charge du véritable propriétaire qui demande la nullité du bail, une indemnité pour les réparations *utiles et nécessaires que l'acte de bail l'autorisait à faire*, et le remboursement des frais de construction, ouvrages et plantations, jusqu'à concurrence de la plus value des biens qui en est résultée. Il peut *retenir*, pour assurance du remboursement de cette indemnité, les biens ainsi pris par lui à bail. (7 janv. 1824, C. de Brux.; Jur. de Belg., 1824, 1, 323.)

Lorsque le fermier ne tient son bail que de l'un des copropriétaires des biens loués, il n'est pas fondé à réclamer contre les autres au moins par voie de compensation avec ce qu'il leur doit pour indue jouissance, leur quote-part dans les impenses faites pour les biens loués, conformément aux clauses du bail existantes entre lui et le bailleur. Il n'a d'action, dans ce cas, que contre le bailleur seul. Il en serait autrement à l'égard des impenses nécessaires ou utiles qu'il pourrait avoir faites, sans qu'elles eussent été l'objet d'aucune convention entre lui et le bailleur. Ceux des copropriétaires qui ont obtenu l'annulation du bail consenti par l'autre, et des dommages-intérêts contre le fermier, peuvent pendant l'instance en règlement de ces dommages-intérêts, demander et obtenir une provision, s'il conste que leur quote-part dans les impenses réclamées ne s'élèvera pas à la somme à laquelle leurs dommages-intérêts pourront monter. (23 fév. 1821, C. de Brux.; Jur. de Belg., 1821, 1, 293.)

Le fermier auquel il a été accordé le droit de rétention pour impenses et améliorations, perd ce droit s'il est en demeure de faire liquider les dommages intérêts (29 août 1827, C. de Trèves; Déc. not., t. 13, p. 175.) (*Edit. belge.*)

tions faites à la chose pendant la durée de l'usufruit profitent au nu-propriétaire; vainement encore on objecterait que le preneur a su (comme l'usufruitier) que la chose n'était pas sienne, et qu'il est censé dès lors avoir fait sans espoir de répétition des dépenses que le locateur ne lui demandait pas et qui n'étaient pas d'une nécessité absolue; que c'est sur cette règle : *Donare videtur qui in alieno solo sciens ædificat*, que repose tout entier l'art. 599 précité : qu'ainsi, le preneur ne saurait ni prétendre à une indemnité ni même à l'enlèvement de la chose.

Mais il faut répondre que l'art. 599 contient une disposition sévère que l'on ne doit pas étendre hors de son espèce. Le preneur n'a pas été dirigé par un esprit de libéralité pour le propriétaire, et certes, il ne doit pas être plus généreux à son égard que celui-ci ne l'est pour lui. Or, le propriétaire ne lui a donné rien pour rien; il a exigé strictement les loyers et fermages; il s'est fait tenir compte des dégradations. Pourquoi donc établir au préjudice du preneur des présomptions forcées? Pourquoi sortir de la vérité des faits? Le preneur n'a eu qu'un but, c'est de pourvoir à sa commodité, à son agrément, à son utilité. L'équité exige donc qu'il reprenne ses améliorations, pourvu que l'enlèvement ne cause aucun préjudice à la chose, et c'est ce que décidait expressément Ulpien dans la loi 19, § 4, D., *locat. conducti* (1). Ce texte, joint à l'art. 555, décide donc la question d'une manière très nette (2). On peut y joindre l'autorité d'arrêts anciens; car Brillon rapporte un arrêt du parlement de Rennes du 17 octobre 1575, qui autorise un fermier à emporter des arbres qu'il avait plantés dans le fonds tenu à ferme (3).

354. Mais le bailleur pourra-t-il s'opposer à l'enlèvement en offrant de payer la valeur des améliorations?

Si ces améliorations consistent en additions que le preneur avait faites à perpétuelle demeure, comme, par exemple, des plantations d'arbres, le bailleur sera admis à les garder en les payant. L'arrêt du parlement de Rennes que je viens de citer au n° précédent, en contient une décision expresse. Le fermier aurait mauvaise grâce à s'y opposer; car le retrait ôterait à ces choses leur destination. D'ailleurs elles font corps avec l'immeuble; elles lui appartiennent en quelque sorte par droit d'accession : donc le bailleur qui les retient, sauf récompense, ne fait aucun grief au preneur.

Mais si ces additions consistent en choses susceptibles de déplacement, comme des arbres de pépinière, des glaces, l'accession ne serait pas assez énergique pour les retenir, et le droit de propriété du preneur l'emporterait sur celui du bailleur. Il serait manifeste que le preneur n'a pas voulu incorporer ces objets à l'immeuble, qu'il ne les a attachés à cet immeuble que momentanément et avec l'espoir de les reprendre et de les retirer suivant son bon plaisir (4).

355. Voyons maintenant ce qui concerne les réparations utiles ou voluptuaires qui ne peuvent être enlevées sans dégrader l'immeuble.

A cet égard, il y avait parmi les interprètes du droit romain des opinions divergentes. Plusieurs voulaient que le preneur fût indemnisé par le locateur sur le fondement de la loi 55, § 1, D., *locat. conducti*, et de la loi 61 au même titre. Tels étaient Favre (5), Fachin (6), etc., etc.; mais on répondait victorieusement à cette opinion que la loi 55, § 1, ne parle pas d'indemnité, mais seulement du retrait de l'amélioration par le preneur (7); que la loi 61 est dans une espèce toute particulière; elle pose, en effet, le cas d'un colon qui a planté des vignes sans y être obligé; bientôt le propriétaire a augmenté le canon à cause du produit de ce nouveau vignoble; puis il congédie le colon en exigeant de lui le fermage ainsi augmenté. Alors celui-ci lui demande, en retour de cette augmentation de prix, l'indemnité des dépenses qu'il a faites pour la plantation de la vigne. Assurément il ne fallait pas avoir le génie précis et sagace de Scævola pour répondre que l'indemnité ne pouvait être refusée.

Mais, en thèse ordinaire, le preneur reste sans action. C'est ici qu'il est permis de supposer avec raison qu'il a fait don à l'immeuble des additions qu'il savait ne pouvoir en détacher.

C'est ce qui fut jugé au parlement de Paris dans une espèce où un locataire avait fait des ornements dans l'appartement qu'il avait loué; les murs avaient été tapissés par lui, les plafonds peints, etc., etc. La cour décida, sur les conclusions conformes de M. Séguier, avocat général, que ces embellissements devaient rester à la maison sans indemnité (8).

356. L'arrêt alla plus loin, et sous ce rapport il est infiniment remarquable. Le locataire, irrité de ce que le bailleur lui refusait l'indemnité de ces embellissements, s'était mis à gratter les peintures et à arracher les papiers, croyant qu'il lui suffisait de laisser les lieux dans l'état où il les avait reçus. Mais l'arrêt précité le condamna à des dommages et intérêts; la cour pensa que ces destructions étaient de sa part un acte de malveillance sans aucun profit; que ces embellissements étaient devenus une partie de la chose même, par la puissance du droit d'accession; qu'ils étaient dès lors la propriété du maître de la maison, et que celui-ci était fondé à demander que les lieux restassent en l'état; d'autant que le locataire n'ayant ni intérêt à faire disparaître les additions, ni possibilité de les détacher sans les détruire entièrement, il n'était pas moral d'autoriser des actes que le seul esprit de méchanceté pouvait expliquer (9).

Cet arrêt se base sur le défaut d'intérêt du preneur. Il est irréprochable. Convenons cependant qu'il y avait de la part du bailleur un manque de loyauté, qui excusait jusqu'à un certain point la mauvaise humeur du locataire.

(1) V. le Comm. de Favre sur cette loi, *Ration. ad Pand.*
(2) Pothier, *Louage*, n° 131. Toullier, t. 3, n° 130.
(3) V. *Arbres*, n° 5. Il cite Chopin, sur Paris, liv. 1, t. 1, n° 16.
(4) Lepage, part. 2, ch. 3, art. 1, p. 190, 191.
(5) *Ration.*, sur la loi 55, § 1, D. *Loc. cond.*, et sur la loi 19, § 4.
(6) *Cont.*, l. 1, c. 85.
(7) Pothier, *Pand.*, sur cette loi. Godefroy donnait une autre interprétation.
(8) Lepage, part. 2, ch. 3, art. 1, p. 188, 189.
(9) Id. *Junge* M. Duvergier, t. 1, n° 457.

ARTICLE 1733.

Il répond de l'incendie, à moins qu'il ne prouve
Que l'incendie est arrivé par cas fortuit ou force majeure, ou par vice de construction ;
Ou que le feu a été communiqué par une maison voisine.

ARTICLE 1734.

S'il y a plusieurs locataires, tous sont solidairement responsables de l'incendie,
A moins qu'ils ne prouvent que l'incendie a commencé dans l'habitation de l'un d'eux, auquel cas celui-ci est seul tenu ;
Ou que quelques-uns ne prouvent que l'incendie n'a pu commencer chez eux, auquel cas ceux-ci n'en sont pas tenus.

SOMMAIRE.

357. Nécessité de remonter à l'origine historique de notre article pour en comprendre la portée.
358. Fréquence des incendies à Rome et mesures prises pour les éviter.
359. Responsabilité imposée par les lois romaines à celui auquel la garde de la maison incendiée était confiée.
360. Texte d'Alfenus sur le degré de responsabilité du vendeur détenteur de la chose vendue, et similitude de sa position avec celle du locataire.
361. Difficulté résultant du concours de l'action aquilienne et de l'action contractuelle : pouvait-on agir contre le gardien de la chose par l'action aquilienne, quand l'action contractuelle n'était pas recevable?
362. Coïncidence du texte d'Alfenus et de la disposition de notre art. 1728, quant à la responsabilité qu'il impose au preneur.
363. A qui, du bailleur ou du preneur, à faire la preuve dans le cas d'incendie? Controverse sur cette question.
364. Sagesse du système adopté par notre Code; il se lie intimement à tous les principes généraux qui règlent cette matière, bien loin d'être une dérogation au droit commun.
365. Nécessité de borner l'application de l'art. 1733 à l'hypothèse qu'il prévoit, pour éviter de graves erreurs.
366. Limites infranchissables dans lesquelles sa disposition doit être restreinte, et principe immuable sur lequel elle est fondée.
367. Sa présomption n'est pas applicable entre locataires d'une même habitation.
368. Elle ne peut être opposée au propriétaire lui-même qui occupe une partie de la maison.
369. De même, pour l'hôte reçu momentanément par le locataire; le propriétaire n'a aucun recours contre le premier.
370. *Secùs* dans le cas où, le locataire et le propriétaire habitant la même maison, le feu s'est communiqué du premier chez le second.
371. *Quid* si le feu a pris dans une partie de la maison laissée commune entre le locataire et le propriétaire? Le premier est-il présumé en faute?
372. Le propriétaire peut-il se prévaloir de la disposition de l'art. 1733 contre un sous-locataire et agir directement contre lui en indemnité?
373. La responsabilité de l'incendie s'applique aussi bien au colon partiaire qu'à tout autre preneur, puisqu'il est débiteur de la chose.
374. Responsabilité solidaire établie par notre article entre tous les locataires de la même maison en cas d'incendie.
375. Réclamations que cette disposition a soulevées lors de sa rédaction.
376. En elle-même la disposition n'a rien d'inique; son principe est le même que celui de l'article précédent.
377. Mais elle est rigoureuse en ce qu'elle déclare les colocataires solidairement responsables.
378. Avantage de cette solidarité pour le propriétaire.
379. Comment se règle le recours du locataire qui a payé l'indemnité contre ses colocataires? Par tête, ou proportionnellement à la valeur des appartements?
380. Si le propriétaire habite une partie de la maison, sera-t-il assimilé à tout autre locataire ou bien son droit de recours restera-t-il aussi étendu?
381. Circonstances qui déchargent le locataire de sa responsabilité.
382. Les termes de nos deux articles relativement à ces circonstances ne sont pas restrictifs mais purement énonciatifs.
383. Le locataire peut établir, par tous les moyens possibles, qu'il est à l'abri de toute imputation de faute.
384. Le locataire est-il tenu de constater la cause positive et palpable de l'incendie, s'il peut prouver qu'il n'y a de sa part aucun fait ni négligence?
385. Les termes mêmes de l'art. 1733 se prêtent à une interprétation plus large et plus favorable au preneur : il suffit au preneur d'établir la force majeure.
386 et 387. Mais le locataire peut être déclaré responsable, lors même que le feu a été communiqué par la maison voisine, s'il y a eu négligence de sa part.
388. Nécessité de rattacher la disposition de l'art. 1733 au principe général de la responsabilité du preneur pour en saisir la portée.
389. Sagesse d'un arrêt de la cour royale de Paris, rendu sur le procès auquel donna lieu l'incendie d'un des théâtres de la capitale, et influence des circonstances sur sa décision.
390. Montant de l'indemnité due par le locataire au bailleur; son obligation n'est pas analogue à celle de la compagnie d'assurance envers l'assuré.
391. Le bail s'éteint par la destruction totale de la chose. *Quid* pour la destruction partielle?
392. La responsabilité du locataire ne s'étend qu'aux bâtiments; pour les meubles que le propriétaire avait laissés dans la maison incendiée, il n'est plus sous le coup de la présomption légale.
393. Le droit du propriétaire à l'indemnité est-il purement personnel?
394. *Quid* si le locataire est chargé des frais d'assurance? L'indemnité fournie par la compagnie d'assurance lui sera-t-elle due dans tous les cas?

COMMENTAIRE.

357. De toutes les causes de dommages et de pertes, la plus redoutable et la plus fréquente, c'est l'incendie. C'est pourquoi elle méritait une mention particulière; d'autant plus que l'incendie est autant un cas de faute qu'un cas de force majeure, et que le doute, dont l'esprit est saisi quand on veut remonter

à son origine, rendrait cette matière conjecturale et arbitraire, si le législateur n'était venu au secours des intérêts privés par des dispositions précises.

Or donc, pour placer l'art. 1733 dans son jour véritable, nous aurons besoin d'en montrer l'histoire et la liaison avec les principes généraux du droit; ce sont là des notions indispensables pour ne pas errer dans son application.

358. L'ancienne Rome, dont les jurisconsultes ont posé les bases de l'art. 1733 (1), fut souvent désolée par des incendies; dans la plupart des quartiers, les rues étaient si étroites et les maisons si élevées, que les habitants avaient peine à se prémunir, soit contre les dangers du feu, soit contre la ruine des édifices. Quand on porte sa pensée sur cette capitale du monde, on a coutume de se la représenter avec la parure de ses palais, de ses temples somptueux, de ses colonnes et de ses portiques, etc., etc.; et l'on prend à la lettre ce mot d'Auguste, qui se vantait de l'avoir laissée de marbre après l'avoir reçue de briques (2). La distance et surtout l'imagination font disparaître à nos yeux la place moins brillante occupée par cette masse de prolétaires affamés et inquiets à qui la main de l'empereur donnait du pain et des spectacles. Ici le luxe disparaît, et il faut descendre dans ces demeures surchargées d'étages, dans ces rues obscures, rétrécies, où la misère habite, et où la pauvreté étale ses haillons. C'est là particulièrement que l'incendie exerce ses ravages et que la chute des maisons menace la vie des citoyens. Entendez Sénèque le philosophe se plaindre de cette Rome si magnifique dans nos souvenirs, si défectueuse pour ceux qui la virent de près! « Tanta altitudo est ædificiorum, tantaque « viarum angustia, ut neque adversùs ignem præju- « dicium, neque ex ruinis ullum, ullam in partem, « effugium sit. » Et Juvénal, qui s'indignait de tout, n'a pas manqué de s'indigner, sans hyperbole cette fois, de l'écroulement des habitations soutenues à l'aide de quelques faibles étais; de ces murailles béantes, dont les crevasses étaient masquées avec un peu de recrépissage; de l'horreur quotidienne des incendies; du péril des voisins, déménageant en toute hâte; du sort cruel de ces malheureux qui, logés sous la tuile où l'amoureuse colombe venait déposer ses œufs, avaient le triste privilége d'être brûlés les derniers, alors que tous les autres étages étaient consumés (3).

Depuis longtemps toutefois des mesures avaient été prises pour protéger les citoyens contre l'imprudence ou contre le crime des incendiaires (4). Des triumvirs, appelés *nocturni* à cause de leurs rondes de nuit, étaient chargés de veiller sous ce rapport à la sûreté de la ville (5); les édiles et les tribuns du peuple avaient aussi une part d'intervention dans cette partie de la police urbaine. Il y avait encore des préposés publics, placés en sentinelles auprès des portes et des remparts, pour se porter au premier appel sur le lieu du danger. Néanmoins les incendies se multipliaient au point de dévorer plusieurs édifices en un jour. C'est pourquoi Auguste institue sept cohortes (6) de vigiles (vigilum), ayant à leur tête un préfet appelé *præfectus vigilum*. La mission de ce corps était particulièrement de veiller la nuit et de faire des patrouilles avec des seaux à incendie et des haches, d'arrêter les filous et les maraudeurs, de saisir les incendiaires, d'éteindre le feu, de punir ceux qui, par négligence, étaient cause du dommage (7).

Toutes ces sages précautions n'empêchèrent pas cependant la célèbre incendie de Rome sous Néron. Déjà Lyon, cette reine des Gaules, avait été la proie des flammes, et une nuit avait suffi pour mettre un monceau de ruines à la place d'une vaste et riche cité (8)!

359. Il n'était pas nécessaire que le mal parvînt à ce point pour que les jurisconsultes romains, si soigneux des moindres difficultés, s'occupassent de la garantie des dommages causés par l'incendie.

D'abord ils imaginèrent des clauses de baux qui imposaient au preneur une responsabilité tellement étroite, qu'il restait chargé de la force majeure. Cette clause était ordinairement formulée par les mots *ignem ne habeto* (9), c'est-à-dire qu'on allait jusqu'à défendre au locataire d'avoir du feu chez lui, afin qu'il n'y eût pas équivoque sur la sévérité de la garde qu'on lui imposait.

D'autres fois on autorisait le preneur à avoir du feu, pourvu que ce fût un feu innocent, *innocens ignis*, c'est-à-dire un feu qui ne produisît pas de ravages. Dans ce cas, le preneur n'était excusé que si la force majeure, venant tromper sa prévoyance, rendait le feu dommageable (10).

Mais, à part ces stipulations, la question avait été discutée théoriquement. Elle se présentait sous deux rapports: premièrement, entre personnes étrangères les unes aux autres; secondement, entre personnes ayant entre elles des relations contractuelles, de telle sorte que l'une fût obligée par contrat ou quasi-contrat à la garde de la chose incendiée.

Le premier point de vue était dominé par la loi Aquilia, qui pourvoyait aux dommages causés par les délits et les quasi-délits. L'incendie, dont la cause n'était pas due à la force majeure, rentrait dans ses dispositions générales (11). Le second point de vue se rattachait à la théorie des fautes contractuelles, c'est-à-dire, des fautes commises contre le degré de vigilance dont la convention impose la loi au débiteur. Mais ici l'unité des idées des jurisconsultes romains, brisée par le ciseau de Tribonien, ne nous est parvenue qu'à travers des nuages. Les interprètes ont essayé de reconstruire le tissu d'or qu'un parfilage maladroit avait décomposé. Ils ont édifié des systèmes, et disputé pendant des siècles. Et néanmoins la vérité n'est pas encore exempte d'obscurité!

Heureusement pour nous qu'un texte surnage entre tant de textes difficiles à concilier. La pensée en est claire, positive, satisfaisante pour la raison. Voyons ce qu'il nous apprend.

360. Le jurisconsulte Alfenus examine le cas où une maison vendue, mais non encore livrée, est incendiée entre les mains du vendeur. Bien entendu que si le feu a pris par force majeure, le vendeur res-

(1) Dans la loi 11, D. *De peric. et comm.*

(2) Suét., *Octav. Aug.*, no 29.

(3) Voyez son admirable satire 3e.

(4) Paul, l. 1, D. *De officio præfect. vigil.*

(5) V. Suétone, *Octav. August.*, no 30. « Adversùs incendia « excubias nocturnas, vigilesque commentus est. »

(6) Valère-Maxime rapporte une condamnation prononcée contre eux parce qu'ils arrivèrent trop tard pour éteindre un incendie qui avait éclaté dans la *Via Sacra* (lib. VIII, cap. 1, 5, an de Rome 585). V. aussi le no 6 (an de Rome 698).

(7) V. les lois 1, 2, 3, § 1, 2, 3 et suiv. D. *De officio præfecti vig.*

(8) V. la lettre de Sénèque, *à liberalis* (lett. 101, édit. de Panck., t. 7, p. 4).

(9) Ulpien, l. 11, § 1, D. *Loc. cond.*

(10) Id., l. 9, § 3, D. *Loc. cond.*

(11) Id., l. 27, § 9 et 10, D. *Ad legem Aquil.* L. 30, § 3, même loi.

tera irresponsable, à moins que la force majeure n'ait été mise à sa charge. Bien entendu encore que si l'incendie provient de sa faute, le dommage pèsera sur lui. Mais de quelle faute sera-t-il tenu? de la faute lourde seulement? ou bien de la faute légère et même de la faute très-légère? C'est ici que le fragment d'Alfenus est précieux pour notre sujet; car il entre dans le vif de la difficulté, et il la tranche sans hésitation. Eh bien! suivant notre jurisconsulte, le vendeur sera tenu de la faute légère ni plus ni moins. « *Si venditor eam diligentiam adhibuisset in insulâ custodiendâ* QUAM DEBENT HOMINES FRUGI ET DILIGENTES *præstare, si quid accidisset, nihil ad eum pertinebit* (1). » On sait que la faute légère est celle qui constitue le manquement à la diligence du bon père de famille (art. 1137 C. C.) (2). Or, Alfenus repousse ici les superlatifs. Ce n'est pas le *diligentissimus* employé par Gaïus dans la loi 25, § 7, *D. loc. cond.* ou par Justinien dans ses Institutes (3). Ce n'est pas non plus le *levissima culpa* dont parle Ulpien dans la loi 44, au D. *ad leg. Aquil.* Non! c'est sur le type du bon père de famille, de l'homme diligent, et non très-diligent, qu'Alfenus mesure la conduite du vendeur, et il le déclare absous s'il a pris toutes les précautions que prend ordinairement un père de famille soigneux, voulant alors que l'incendie soit imputé à force majeure.

Nous accorderons volontiers que cette décision n'est pas faite tout exprès pour le cas d'un locataire à qui la garde de la chose a été confiée : *in custodiendâ insulâ*. Mais on aperçoit combien elle lui est applicable à cause de la similitude des deux contrats et de la parité parfaite des positions (4). D'ailleurs, s'il était besoin d'un texte, la célèbre loi 5, § 2, au D. *Commod.*, serait là pour nous montrer l'équipollence du louage et de la vente, sous le rapport de la prestation des fautes (5).

361. Jusqu'ici tout est clair.

Mais l'esprit de controverse a été chercher des doutes et des nuages dans la loi Aquilia, et l'on a essayé de défaire, par ce plébiscite, la solution si bien réfléchie, si bien calculée du jurisconsulte. Voici donc comment on a raisonné. La loi Aquilia, a-t-on dit, a sans doute pour objet principal de régler les délits et les quasi-délits; mais elle ne reste pas étrangère pour cela à la matière des contrats et des quasi-contrats; il n'y a même rien de plus ordinaire que de voir une faute contractuelle poursuivie par l'action aquilienne. A chaque instant les jurisconsultes romains nous apprennent que l'action de la loi Aquilia concourt avec l'action produite par le contrat, et que le créancier peut opter contre celle-ci en faveur de celle-là (6). Or, s'il préfère l'action aquilienne, qu'arrivera-t-il? C'est qu'il sera en droit de demander au preneur la réparation de la faute très-légère. Car cette espèce de faute tombe sous le coup de la loi Aquilia (7). Ainsi, peu importe que la faute très-légère échappe à l'action *locati*; elle n'échappera pas à l'action aquilienne (8)!

Si un tel résultat devait être accepté, ce serait bien vainement que la sagesse des jurisconsultes romains se serait appliquée à nuancer les divers caractères des contrats, afin de déterminer la mesure de responsabilité du débiteur et l'échelle graduelle des fautes. Et par exemple j'admirerais la bonhomie d'Alfenus, qui, connaissant très-bien ce droit de concours de l'action aquilienne avec l'action *locati* (9), se serait toutefois curieusement inquiété de savoir si celle-ci n'atteignait que la faute lourde ou la faute légère, sans voir que toutes ses recherches, toutes ses distinctions seraient renversées d'un mot par l'intervention de l'action aquilienne. Assurément je ne reconnaîtrais pas là ce jurisconsulte pénétrant et habile, qu'Horace appelait *vafer*, à cause de sa finesse (10).

Quant à moi, j'ai lu les lois sur lesquelles repose l'objection tout à l'heure retracée; je les ai méditées de mon mieux, et je n'y ai pas trouvé ce que d'autres y ont vu. Voici l'opinion que je m'en suis faite.

Loin de moi la pensée de nier que l'action aquilienne ne puisse venir au secours d'un contrat, et par exemple du contrat de louage. Ce serait contester l'évidence. Ainsi j'accorde que dans les cas où l'action aquilienne procurait des dommages et intérêts plus considérables que l'action *locati*, le locateur pouvait la préférer, ou même demander, par l'action aquilienne, le surplus de ce qu'il avait obtenu par l'action *locati* (11). En effet, la loi aquilienne donnait, pour l'estimation des dommages, des règles plus sévères que les actions ordinaires, et de l'application de ces règles il pouvait résulter, dans certains cas, des dommages et intérêts plus considérables. Permis alors d'opter pour l'action aquilienne; rien de plus juste et de plus logique; car cette action prenait son point d'appui dans une lésion également condamnée par la loi du contrat et par la morale. Mais quand la convention voulait que le débiteur demeurât irresponsable, quand elle s'opposait à une action en justice, parce que, tout mûrement pesé, il était reconnu qu'il n'y avait pas faute imputable; je ne puis admettre que l'action aquilienne pût arriver pour défaire un tel résultat. Je soutiens qu'alors n'y ayant pas faute contractuelle, il n'était pas permis de dire qu'il y avait faute aquilienne. Il n'y avait faute d'aucune espèce; le débiteur était irresponsable.

Je trouve la preuve de cette assertion dans la loi 27, § 29 au D. *ad leg. Aquil.*, empruntée aux écrits d'Ulpien. Ce jurisconsulte, en effet, décide ponctuellement que la stipulation insérée dans un contrat de louage pour régler la prestation des fautes, et décharger le débiteur de la responsabilité légale, influe aussi bien sur l'action aquilienne que sur l'action *locati*, et que la cessation de celle-ci fait cesser celle-là.

Et ceci n'est pas en contradiction avec ce qu'Ulpien a dit ailleurs, savoir: que la faute très-légère est atteinte par l'action aquilienne (12). Car, sans examiner ici, avec Doneau, si la faute très-légère n'est pas la même chose que la faute légère (13), que résulte-t-il

(1) L. 11, D. *De peric. et comm. rei venditæ.*
(2) Mon Comm. de la *Vente*, n° 361.
(3) *Supr.*, n° 335.
(4) Aussi Favre étend-il au louage la loi 11, D. *De peric. et comm. rei vend.* (*Ration.*, sur cette loi).
(5) Ulpien.
(6) V. en effet : Gaïus, l. 25, § 5, D. *Loc. cond.*, et l. 8, § 1, D. *Ad leg. Aquil.* Julien, l. 42, D. *Ad leg. Aquil.* Ulpien, l. 7, § 8, D. *Ad leg. Aquil.*; l. 27, § 11, D. *id.*; l. 27, § 29, D. *id.*; l. 5, § 3, D. *id.*; l. 7, § 1, D. *Commod.* Alfenus, l. 30, § 2, D. *Loc. cond.*
(7) Ulp., l. 44, D. *Ad leg. Aquil.*

(8) M. Merlin (Répert., v° *Incendie*, § 2, n° 7) se pose cette objection et ne voit pas moyen d'y résister. Il reconnaît donc que le locataire pourra être tenu par l'action aquilienne de la faute très-légère, pourvu que cette faute consiste *in faciendo*; car on sait que la loi aquilienne ne punissait pas les fautes par *omission.*
(9) V. ce qu'il dit en effet dans la loi 30, § 2, D. *Loc. cond.*
(10) *Satir.* 4.
(11) V. Cujas, *Observ.*, liv. 3, c. 25.
(12) L. 44, D. *Ad leg. Aquil.*
(13) Il cherche à établir ce point (Comment., lib. 16, c. 7) dans

de cette proposition? Que la faute légère doit toujours être réprimée? Non du tout! Sans doute, elle sera une cause de dommages et intérêts quand elle sera imputable, mais non pas quand la loi expresse ou tacite du contrat en affranchira le débiteur. Dans ce dernier cas le débiteur n'aura pas agi *injuriâ*; il n'aura fait qu'user de son droit. Or, on sait que la loi Aquilia n'avait aucune efficacité envers celui qui avait agi en vertu de son droit : « INJURIAM *hic accipere nos oportet, quod non jure factum est*; HOC EST CONTRA JUS (1)! »

362. La théorie d'Alfenus reste donc debout telle qu'elle est formulée dans la loi 11 au D. *De peric. et com.* Cette loi est sur notre question le dernier mot de la science et la règle inébranlable. Elle coïncide du reste avec les art. 1728 et 1732 du Code civil; de même qu'Alfenus demande au gardien de la chose les soins *hominis frugi et diligentis*, de même l'art. 1728 exige du preneur les *soins d'un bon père de famille*. Les deux idées coïncident tellement, qu'on dirait que l'art. 1728 est la traduction de la loi 11.

363. Ce point éclairci, une autre difficulté se présentait dans la pratique. L'incendie ayant consumé ou endommagé la chose louée, sera-ce au locateur à prouver que l'événement est arrivé par la faute du preneur, et non par force majeure?

Ou bien faudra-t-il que le preneur, qui allègue la force majeure pour s'exonérer de l'obligation de rendre la chose, ou pour s'excuser de la rendre en mauvais état, prouve que l'incendie n'a pas été provoqué par sa négligence?

On agitait vivement cette question dans l'ancienne jurisprudence, et Fachin l'appelait *quæstio sanè difficilis*.

Les uns faisaient retomber sur le locataire la preuve de sa diligence, d'après cette présomption écrite par Paul, dans son ouvrage sur la fonction du préfet des vigiles : *incendium fit plerumque culpâ inhabitantium* (2). Les jurisconsultes de cette opinion voulaient que le locataire fût condamné s'il ne se purgeait pas de la faute (3). Ils n'allaient pas cependant jusqu'à exiger qu'il se lavât de la faute très-légère; ils l'absolvaient pleinement s'il démontrait que sa conduite avait été dirigée par les soins d'un père de famille diligent, c'est-à-dire qu'elle avait été exempte de la faute légère (4). Cette opinion, surtout en ce qui concerne le degré de faute imputable au locataire, trouvait un solide point d'appui dans la loi 11 *De peric. et com.*, dont nous avons tant parlé au numéro précédent, et qui, évidemment, devait régler la position du preneur vis-à-vis du locateur par les mêmes principes que la position du vendeur à l'égard de l'acquéreur. C'est, du reste, ce que le président Favre ne manquait pas de faire observer dans son commentaire de la loi 11 (5).

Ainsi donc, dans ce système, on tenait que la preuve d'une exacte diligence excluait la présomption de faute qui pesait sur le preneur, et que le dommage de l'incendie cessait dès lors de retomber à sa charge, sans qu'il fût nécessaire d'aller jusqu'à la preuve d'une très-exacte diligence (6). Vinnius nous apprend que telle était la jurisprudence des tribunaux de Naples et de Leipzig.

D'autres, au contraire, pensaient que c'était au locateur à prouver la faute qu'il assignait pour cause à l'incendie. Nul n'est présumé, dans le doute, avoir manqué à ses devoirs (7). Le demandeur n'est-il donc pas astreint à administrer la preuve formelle du manquement qui est le fondement de son action? Quant à la présomption de faute écrite dans la loi 3 au D. *De officio præfect. vigil.*, et dans la loi 11 *De peric. et com.*, on y répondait en disant, qu'à la vérité on pouvait bien présumer de la part du locataire une faute très-légère, mais que dans le contrat de louage cette faute n'est pas imputable; que du reste, la présomption de ces deux lois est vague et indéterminée, puisqu'elle ne s'applique à aucune personne précise; qu'il suit de là qu'on pourra bien supposer que la maison a été incendiée par le fait de ceux qui l'habitent, mais que, ne sachant pas lequel est positivement l'auteur de la faute, nul ne devra être passible, de plein droit, de dommages et intérêts (8).

Mais l'on aperçoit combien ces interprétations étaient forcées (9). Aussi cette doctrine, proscrite par les tribunaux étrangers, comme nous venons de le voir, n'était pas suivie dans notre jurisprudence française. Henrys était parvenu cependant à la faire prévaloir par le siége auprès duquel il remplissait les fonctions d'avocat du roi. Mais sur l'appel, la sentence fut réformée par le parlement de Paris (10), et cet arrêt n'est pas le seul; on suivait la même jurisprudence aux parlements de Grenoble, de Normandie et de Toulouse, etc. (11). Et que serait-il arrivé si l'on se fût écarté des sages combinaisons de la loi romaine? Le bailleur fût toujours resté sans recours possible contre le preneur. Est-ce qu'il lui est permis de surveiller l'intérieur du locataire et d'épier ses démarches? L'espèce d'aliénation contenue dans le bail ne lui ferme-t-elle pas l'entrée de la maison? Ne lui défend-elle pas de se mêler à la famille du preneur pour découvrir ce qui se passe chez lui (12)?

364. C'est avec grande raison que l'art. 1733 s'est approprié ces dispositions du droit romain et de notre ancienne jurisprudence. Cet article n'excita aucune réclamation de la part des cours royales auxquelles le projet fut communiqué. Toutes le considérèrent comme la garantie du droit de propriété et l'expression des principes généraux. Seulement au conseil d'État, M. Defermon fit observer « qu'il imposait au « preneur une obligation à laquelle il lui serait diffi- « cile de satisfaire. Comment pourra-t-il prouver que « l'événement est arrivé sans sa faute (13)? » Mais,

sa belle dissertation sur les fautes, et il faut convenir que ses raisons sont pressantes.

(1) Ulpien, l. 5, § 1, D. *Ad. leg. Aquil.*

(2) L. 3, D. *De officio præf. vigil.*, à laquelle il faut joindre la loi 11, D. *De peric. et comm. rei vendit.*

(3) Fachin, *Coutum.*, lib. 1, c. 87. Vinnius, *Select. quæst.*, lib. 1, c. 33. D'Argentré, sur Bretagne, art. 599. Gomez, cité, *supr.*, n° 342.

(4) Fachin, *loc. cit.*, et Vinnius.

(5) *Ration. ad Pand.*, sur la loi 11, D. *De peric. et comm*, qu'il étend au *louage*, en remarquant que le preneur n'est tenu que de la faute légère.

(6) Favre, *loc. cit.*

(7) L. 51, D. *Pro socio.*

(8) Perezius, *Ad cod.* DE LOCAT., n° 28. Voët, *Ad legem Aquil.*, n° 20. Henrys, t. 2, liv. 4, ch. 6, 9, 87 et 163. Menoch., *De arb. judic.*, lib. 2, casus 390, et *De præsumpt.*, lib. 1, 9, 59, et 97, n° 10. — Lib. 5, *Præsumpt.*, 3, n° 128, et *Præsumpt.*, 42, n° 3.

(9) V. la dissertation de M. Merlin, v° *Incendie*, § 2, n° 9. M. Toullier, t. 11, n° 160.

(10) M. Merlin, *loc. cit.*

(11) Id.

(12) D'Argentré, *sur Bretagne*, art. 599.

(13) Fenet, t. 14, p. 249. Locré, t. 7, p. 166, n° 32.

M. Tronchet ayant répondu « que les preuves de « cette nature se tirent des circonstances », la remarque de M. Defermon n'eut pas d'autre suite.

L'art. 1733 fut donc maintenu. Voici comment M. Jaubert le justifiait devant le corps législatif.

« Ces règles sont sages, *conservatrices de la propriété à laquelle le bailleur n'a aucun moyen de veiller*: ces règles sont le gage le plus assuré de « l'exactitude du preneur, du soin qu'il doit apporter « dans l'usage de son droit; de la surveillance qu'il « doit exercer sur sa famille et sur ses serviteurs.

« Au reste, la loi n'établit qu'une présomption. « Cette présomption peut être détruite par une « preuve contraire; mais la *présomption devait être « établie contre le preneur, parce que, d'une part, le « bailleur n'a aucun moyen de prévenir ni d'éviter « l'accident, et que, de l'autre, les incendies arrivent « ordinairement par la faute de ceux qui habitent la « maison* (1). »

Ces raisonnements ont de la force. On peut cependant en ajouter de plus péremptoires encore, pour montrer que l'art. 1733 n'est pas une exception, mais un corollaire des principes généraux. Bien que l'incendie soit placé en général parmi les faits de force majeure, il faut convenir cependant qu'il n'est tel que lorsque la faute du détenteur de la chose ne l'a pas provoqué. Or, quelle est la position du preneur? C'est celle d'un débiteur qui, à un certain moment convenu, doit rendre au créancier, au bailleur, la chose qui lui a été confiée, et doit la lui rendre *dans l'état où il l'a reçue*. Il suit de là que si, au moment du payement, il la lui remet dégradée ou presque anéantie, il ne remplit pas son obligation, à moins qu'il ne fasse plier la puissance de cette obligation qui milite contre lui, par la preuve de faits d'excuse de nature à l'exonérer. Nul doute, par conséquent, que la preuve de ces faits ne soit à sa charge; la force des choses le dit hautement.

Mais cette preuve, la fera-t-il complète et satisfactoire, en venant dire que le feu a dévoré la chose? Non! car l'incendie provient aussi souvent (2) de la faute que de la force majeure. Et Paul n'a fait que proclamer une vérité établie par l'expérience de tous les temps et de tous les lieux, quand il a dit: « *incendium fit plerumque culpâ inhabitantium.* » Jusque-là donc, le juge restera perplexe; il hésitera entre la force majeure qui est possible, et la faute qui ne l'est pas moins; et dès lors il ne pourra délier le preneur de l'obligation de rendre, qu'à la condition que, faisant faire à la preuve un pas de plus, celui-ci établira que le feu a été mis sans sa faute! Assurément, il me paraît difficile de ne pas se rendre à cette argumentation. Au surplus, je renvoie aux développements que j'ai donnés à cette idée dans mon Commentaire de la *Vente* (3), et ci-dessus n°s 222 et 342 (4). Elle trouve son point d'appui dans un ensemble de textes imposants et qui se prêtent un mutuel secours. Lisez, en effet, la loi 52, § 3, au D. *Pro socio*, empruntée aux écrits d'Ulpien, puis passez au Code civil, et voyez les art. 1303 et 1245, qui sont la règle générale en matière de payement; pesez surtout les expressions de l'art. 1245, et ces mots *pourvu que*, qui font évidemment de la preuve de l'absence de faute la condition de la libération du débiteur! Considérez ensuite que le preneur est précisément obligé à rendre *la chose telle qu'il l'a reçue* (5), et qu'il y a ici un motif de plus pour mettre à sa charge la preuve de sa diligence lorsqu'il ne la rend pas en cet état. Enfin, à toutes ces dispositions, liez l'article 1732, qui formule contre le preneur la présomption de faute dans tous les cas où, à la fin du bail, on trouve des dégradations arrivées pendant sa jouissance; et dites, après tout cela, si l'article 1733, bien loin de présenter une exception, n'est pas, au contraire, le dernier anneau de cette chaîne si bien tissue! Je ne puis donc assez m'étonner de voir un auteur judicieux, M. Duvergier, répéter sans cesse, à la suite de quelques considérants peu réfléchis d'arrêts de cours royales, que l'article 1733 est une règle rigoureuse, exceptionnelle, dont on doit dire: *odia restringenda* (6). Je n'ignore pas qu'on a trop souvent cherché à abuser de l'art. 1733: mais, pour le renfermer dans le rôle qu'il doit jouer, il n'est pas nécessaire de le mettre dans la classe des dérogations au droit commun et de renverser son véritable caractère (7). Ce n'est même qu'en l'envisageant du point de vue où nous nous plaçons qu'on parvient à prévenir des controverses qui n'auraient pas dû naître, et qu'on voit s'aplanir toutes les difficultés!

365. Ainsi, si l'on vient s'emparer de l'art. 1733 pour l'opposer à un propriétaire dont la maison incendiée a communiqué le feu à la maison voisine; si l'on prétend que ce propriétaire est présumé en faute par la force de l'art. 1733, je répondrai qu'on se méprend étrangement sur la position que cet article entend définir. Il règle les rapports d'un débiteur envers son créancier; il lui dit: Vous devez rendre la chose en bon état, et cependant vous la remettez dégradée, endommagée; croyez-vous être quitte de votre obligation? Non, certes. Si vous voulez en être exonéré, prouvez que ces événements, exempts de faute de votre part, ont trompé votre diligence et vos soins.

Mais quand on met un propriétaire en présence d'un voisin avec lequel il n'est lié par aucune convention qui le rende son débiteur, combien les rôles sont différents! L'incendie a causé un dommage, et le voisin en demande la réparation. Par là il se porte demandeur, et le fondement de son action est une faute du propriétaire incendié. C'est donc sur lui que retombe le poids de la preuve de négligence et imprudence. Quant au défendeur, il n'a rien à dire pour se justifier, tant que le demandeur n'a pas prouvé son quasi-délit. L'incendie étant autant un fait de force majeure qu'un fait d'imprudence, le juge ne peut qu'hésiter, et renvoyer par conséquent le défendeur absous; *in dubio reus absolvendus*.

On voit que, pour arriver à ce résultat, il n'est nul besoin de fausser la pensée de l'art. 1733, en le renvoyant au chapitre des exceptions. Il suffit de ne pas confondre des situations fort diverses et fort distinctes.

C'est à quoi n'a pas fait attention M. Toullier (8), qui veut que le propriétaire soit de plein droit présumé en faute envers le voisin chez lequel le feu s'est communiqué. Cet auteur a été influencé et par d'anciens arrêts que la raison n'approuve pas (9), et par

(1) Fenet, t. 14, p. 351, 352. Locré, t. 7, p. 211, n° 5.

(2) Il n'est pas même besoin de dire: *plus souvent, presque toujours*.

(3) N° 402.

(4) V. aussi un exemple, n° 183, pour le cas où les glaces endommagent un moulin.

(5) Art. 1730, 1731.

(6) *Louage*, n°s 408, 411, 280, etc.

(7) Cette observation a été faite aussi par les annotateurs de l'ouvrage de M. Zachariæ (t. 3, p. 13, note 9).

(8) T. 11, n° 172.

(9) Voyez ces arrêts au Répert. de M. Merlin, v° *Incendie*, § 2, n°s 8 et 9.

la Coutume de Bretagne (1), que le Code civil a abrogée, et par l'art. 1733, sur la portée duquel il ne s'est pas fait de justes idées!

Je me réunis donc à M. Duvergier (2), pour ne pas approuver une telle doctrine; mais je me laisse diriger par d'autres raisons que les siennes (3).

Au surplus, la question de savoir si l'art. 1733 milite de propriétaire à propriétaire, de voisin à voisin, n'est plus aujourd'hui l'objet d'aucun doute. La jurisprudence s'accorde à repousser le sentiment de M. Toullier : les arrêts sont nombreux et formels (4). Il est vrai que tous ne sont pas des modèles de rédaction ; quelquefois des propositions hasardées les déparent; on voit qu'ils ne sont pas toujours arrivés à une conception exacte de la pensée de l'art. 1733, et que, pour en écarter l'autorité, ils ont imaginé d'en faire une disposition anormale. Mais il n'importe ! au fond ils se sauvent par la justesse des résultats (5).

366. En généralisant donc l'idée que renferme le numéro précédent, on est conduit à cette proposition, savoir : que l'art. 1733 ne fournit aucun argument d'analogie pour le cas où l'auteur du dommage n'est pas engagé envers le demandeur par un contrat ou quasi-contrat.

Mais, par contre, il est l'écho d'une vérité de tous les temps, il est le reflet d'un principe général, en tant qu'il s'agit d'un débiteur qui veut se décharger, par une exception de cas fortuit, de l'obligation de rendre la chose dans l'état où il l'avait reçue.

L'art. 1808, que nous rencontrerons plus tard sur notre chemin, n'est qu'une exception dans cet ordre d'idées.

367. Ainsi, en suivant les applications de la première branche de notre conclusion, nous dirons qu'entre locataires d'une même maison, si l'un réclame contre l'autre la réparation du dommage causé par un incendie venu de chez ce dernier, il doit prouver qu'une faute en a été la cause (6).

368. Ainsi encore, le propriétaire qui habite un étage de sa maison, et qui transmet le feu à ses locataires, n'est responsable de l'incendie qu'autant que ceux-ci font la même preuve (7).

369. Par la même raison, le propriétaire ne pourrait opposer la présomption de l'art 1733 à un hôte riche qui logerait momentanément chez le locataire et qu'il voudrait rendre responsable de l'incendie, à défaut du locataire insolvable. Cet hôte n'est pas son obligé; il ne serait soumis à la réparation de l'incendie qu'autant que le demandeur prouverait qu'il en est l'auteur (8).

370. Mais aussi (et ici nous rentrons dans la première branche de notre conclusion), le locataire qui aura communiqué le feu à l'appartement occupé par le propriétaire, ne sera pas fondé à prétendre que la présomption de l'art. 1733 cesse parce que la maison ne lui a pas été louée en entier, et que le propriétaire était là pour surveiller sa chose (9).

Ces prétextes frivoles seraient à peine admissibles contre une disposition injuste et tyrannique. A plus forte raison restent-ils sans valeur en face de l'art 1733, qui, par son étroite intimité avec les principes du droit, veut être plus sérieusement traité (10).

371. Remarquez toutefois que si le feu avait pris dans une partie de la maison laissée commune entre le propriétaire et le locataire, il ne serait plus possible d'imputer l'incendie à ce dernier. La condition principale de l'art. 1733 manquerait; car cet article suppose nécessairement que le feu a pris chez le locataire et est sorti du local dont il avait la jouissance exclusive (11).

372. Non-seulement le propriétaire opposera la présomption de l'art. 1733 au preneur direct; il pourra, de plus, agir contre le sous-locataire et se prévaloir, à son égard, de cette disposition. Il le pourra, dis-je; car le sous-locataire est tenu envers celui avec qui il a traité par les mêmes liens que si ce dernier était propriétaire; or, le bailleur originaire est maître d'exercer les actions de son locataire direct (12).

373. Imbus des principes posés aux nos 365, 366 et 370, que dirons-nous d'un arrêt de la cour de Limoges, du 21 février 1839 (13), qui décide que l'art. 1733 n'est pas applicable au colon partiaire qui habite dans la métairie le logement qui lui est réservé et y communique un incendie? Nous payerons-nous de cette double raison, savoir : 1° que l'art 1733 n'est qu'une exception; 2° que le colon partiaire n'est pas un fermier, un locataire, mais un associé? Nous répondons : Le premier motif indique les idées les plus fausses sur le sens de l'art. 1733, et le second est irrelevant et stérile. Qu'importe que le colon partiaire soit plutôt un associé qu'un locataire (14)! N'est-il pas débiteur de la chose? ne doit-il pas la conserver en bon père de famille? ne doit-il pas la rendre dans l'état où elle lui a été remise? et, dès lors, n'est-ce pas fausser tous les principes en matière de contrat que de le décharger de son obligation sans qu'il prouve la force majeure qui le dispense de l'accomplir?

374. Quand la maison est occupée par plusieurs locataires, tous sont solidairement responsables de

(1) Art. 653.

(2) T. 1, nos 412 et suiv.

(3) V. aussi M. Merlin, t. 16, v° *Incendie*. Son opinion est d'accord avec la nôtre. M. Proudhon, *Usufruit*, t. 4, n° 1561, M. Dalloz, *Incendie*, p. 475; in-8°, p. 17. M. Duranton, *Louage*, n° 105.

(4) Turin, 8 août 1809. S., 11, 2, 114. Riom, 5 mai 1809. S., 10, 2, 56. D., 24, 2, 76. Caen, 27 août 1819. S., 19, 2, 257. V. les nos 357 et 368. Paris, 27 janvier 1824 (D., 24, 2, 147). Paris, 6 juillet 1825 (D., 26, 2, 7).

(5) L'arrêt de cassation, du 18 décembre 1827, rapporté *infrà*, n° 368, est motivé sur les vrais principes.

(6) Bordeaux, 25 juin 1828 (S., 29, 2, 19. Palais, t. 83, p. 224). Lyon, 12 août 1829 (D., 29, 2, 238. S., 30, 2, 33). Cassation 11 avril 1831 (D., 31, 1, 123, S., 31, 1, 196).

(7) Caen, 27 août 1819 (S., 19, 2, 257). Grenoble, 17 janvier 1823 (S., 24, 2, 297. D., 24, 2, 147). Paris, 16 mai 1825 (S., 25, 2, 206). Nanci, 19 juillet 1825 (S., 26, 2, 179. D., 26, 2, 76). Cassat., 18 décembre 1827 (D., 28, 1, 62. S., 28, 1, 44); *id.*, 1er juillet 1834 (S., 34, 1, 559. D., 34, 1, 299).

(8) M. Toullier, t. 11, n° 168, l. 1, § 9, D. *Qui effud. Infr.*, n° 398.

(9) M. Duranton (*Louage*, n° 109) se contente de cette raison ! La responsabilité qui pèse sur le fermier en cas d'incendie, cesse lorsque le propriétaire s'est réservé une partie des bâtiments loués. (26 juin 1834, C. de Liége; Arr. not., t. 13, 1. 447.)

(*Edit. belge.*)

(10) Arg. de Grenoble, 17 janvier 1823 (D., 24, 2, 149). Lyon, 17 janvier 1834 (D., 34, 2, 150. S., 34, 2, 242). V. *infr.*, n° 380.

(11) Riom, 4 août 1829 (D. 30, 2, 104). C'est ainsi que doit s'interpréter cet arrêt, que M. Dalloz considère à tort comme contraire à l'arrêt de Lyon.

(12) M. Toullier, t. 11, n° 169. M. Duranton, *Louage*, n° 112.

(13) Sirey, 39, 2, 405.

(14) V. là-dessus *infr.*, nos 637 et suiv.

l'incendie, à moins qu'ils ne prouvent que l'incendie n'a ni commencé ni pu commencer chez eux. Telle est la disposition de l'art. 1734.

Quelques cours royales la repoussèrent avec énergie lors de la discussion préliminaire du Code civil. La cour de Colmar la signalait comme contraire à l'équité et à tous les principes : « Car, disait-elle, nul ne peut « être obligé sans son consentement, et la loi ne peut « jamais obliger personne à courir des risques qu'on « ne peut prévoir ou qu'on ne peut éviter, sans s'obli- « ger volontairement (1).

« Il n'est pas possible, ajoutait la cour de Lyon, « d'établir une solidarité entre des locataires choisis « sans la participation, et souvent contre le gré les « uns des autres, par un propriétaire ou un locataire « qui ont pu leur permettre des professions dange- « reuses, capables de communiquer le feu, à qui sou- « vent, malgré le besoin d'un foyer, ils ne donnent « pas même une cheminée. On propose : *S'il y a plu- « sieurs locataires dans une maison, le premier chez « lequel le feu s'est développé en est responsable, s'il « ne prouve pas que le feu a été communiqué à son « appartement par l'appartement d'un autre locataire, « auquel cas ce dernier est seul tenu. Si aucun ne peut « prouver dans l'habitation duquel le feu a commencé, « ils sont tenus des dommages chacun pour sa part « et portion* (2). »

Enfin, la cour de Toulouse s'élevait contre cette *in- juste* solidarité (3).

Au conseil d'État, M. Lacuée représenta l'art. 1734 comme *trop dur;* mais M. Treilhard lui répondit qu'on ne pourrait le retrancher sans priver le proprié- taire de son recours (4).

375. Ainsi donc, deux sortes d'objections étaient dirigées contre notre art. 1734.

1° En lui-même il est trop sévère; telle était la por- tée des observations de M. Lacuée;

2° Tout au moins, il est trop rigoureux en tant qu'il rend les locataires solidairement responsables.

Reprenons une à une ces deux objections.

376. La première manque évidemment de toute espèce de base : quand le feu a dévoré la maison louée, tous les locataires sont tenus, chacun en droit soi, de rendre au propriétaire la portion de maison qui leur a été louée; chacun d'eux ne peut dès lors être exonéré de son obligation qu'en prouvant qu'il est exempt de faute. La présomption établie par l'art. 1733 contre un seul locataire ne peut pas s'affaiblir par cela seul que, dans le cas de l'art. 1734, elle s'étend à plusieurs.

Je sais que, dans l'ancien droit, Pothier avait en- seigné que, si on ignorait le point de départ du feu, nul d'entre les locataires ne devait être tenu, à cause de l'incertitude sur le véritable auteur de la faute (5); mais cette opinion avait été repoussée par arrêt du parlement de Paris du 3 août 1777, avec grande rai- son, car la présomption de faute existant contre cha- cun en particulier, milite par conséquent contre tous à la fois (6).

377. Quant à la seconde objection, elle me paraît plus sérieuse, et j'avoue que je trouve, avec les cours de Toulouse, de Lyon et de Colmar, que la solidarité est une peine bien dure et souvent bien injuste. On a beau dire, avec M. Mouricault, que c'est aux locatai- res à se surveiller mutuellement (7); mais la raison est mauvaise, car elle pourrait tout aussi bien se ré- torquer contre le propriétaire lui-même. Elle est d'ail- leurs démentie par la nature des choses et par l'expé- rience.

378. Néanmoins, la loi existe, il faut l'accepter avec docilité; ainsi chaque locataire pourra être con- traint par le propriétaire à l'indemniser pour le total, sauf son recours contre ses colocataires. Dans tout ceci, il est clair que le riche payera souvent pour le pauvre et que le propriétaire seul ne perdra rien dans le désastre commun.

379. Le recours du locataire qui a payé, contre les autres locataires, ne doit pas être proportionné à la valeur de l'appartement ou du loyer de chacun. La con- tribution se règle par tête de locataire, par portion virile; car la présomption de faute planant sur tous indistinctement, chacun est censé avoir endommagé la maison pour le total (8).

380. Si le propriétaire occupe un appartement dans la maison et qu'on ignore le point de départ de l'incendie, il est intéressant d'examiner comment il devra être traité : sera-t-il assimilé à un locataire? ou bien son droit de propriété continuera-t-il à rester armé des art. 1733 et 1736? Aucune de ces deux so- lutions n'est admissible.

Un locataire qui agit en réparation du dommage de l'incendie doit prouver deux choses : 1° que l'incendie vient de chez celui qu'il actionne; 2° qu'il est le ré- sultat de sa faute.

Or, le propriétaire ne peut, dans aucun cas, être astreint à faire preuve de la faute du locataire. Les art. 1733 et 1734 s'y opposent. Il suffit, comme nous allons le faire voir, qu'il prouve que l'incendie n'a pas commencé chez lui.

Je dis, en second lieu, que le propriétaire ne peut pas non plus invoquer dans toute leur inflexibilité les art. 1733 et 1734.

Et d'abord, entendons-nous sur la position de la question!

Et faisons bien attention à cette circonstance capi- tale, à laquelle je subordonne notre difficulté : c'est qu'on ignore tout à fait le point initial de l'incendie. Nul ne peut dire s'il a pris naissance chez les locatai- res ou chez le propriétaire lui-même. On reste à cet égard dans un doute absolu.

Ceci admis, nous nous rapprochons beaucoup de l'espèce posée au n° 371, et la solution de ce cas me paraît s'appliquer ici.

Sur quoi se fonde la présomption de l'art 1734? Sur ce que l'incendie a eu nécessairement son origine chez l'un ou chez l'autre des locataires. Mais si le pro- priétaire habite la maison, quelle voix s'élèvera pour affirmer que le feu a pris plutôt chez les locataires que chez lui? qui répondra qu'il n'a pas pris plutôt chez lui que chez les autres? qu'il n'a pas commencé dans les aisances communes de la maison? dans les corri- dors fréquentés par tous les habitants sans distinction? et au milieu de ce doute insoluble, quel juge osera prononcer une condamnation (9)?

Le propriétaire devra donc prouver que le feu n'est pas venu de son appartement; ce sera la condition

(1) Fenet, t. 3, p. 490.
(2) Id., t. 4, p. 200.
(3) Id., t. 5, p. 619.
(4) Id., t. 14, p. 250. Locré, t. 7, p. 166, n° 33.
(5) *Louage*, n° 193.
(6) M. Merlin, v° *Incendie*, § 2, n° 10. M. Toullier, t. 11, n° 170.
(7) Fenet, t. 14, p. 329. Locré, t. 7, p. 201, n° 9.
(8) M. Duranton, *Louage*, n° 110. M. Duvergier, t. 1, n° 423.
(9) *Junge* M. Duvergier, t. 1, n° 425.

indispensable de son action en dédommagement. Alors seulement les art 1733 et 1734 reprendront leur empire contre les locataires.

Ainsi, quoique l'art. 1734 ne parle pas de cette exception à la responsabilité des locataires, on doit convenir qu'elle rentre forcément dans la nature des choses.

Du reste, il ne faut pas confondre le cas que nous venons d'examiner avec ce que nous avons dit au no 370. Nous supposions alors qu'il était constant que l'incendie n'avait pas commencé chez le propriétaire (1); et l'arrêt jugé par la cour de Lyon, que j'ai cité en note, décide expressément qu'il était constant en fait *que l'incendie avait commencé et s'était manifesté d'abord dans le rez-de-chaussée occupé par le locataire.*

381. Voyons les autres circonstances qui font cesser la responsabilité.

Les articles 1733 et 1734 en énumèrent plusieurs :

Le cas fortuit, la force majeure, le vice de construction ;

La communication du feu par une maison voisine (1733) ;

Entre locataires, la preuve que le feu a commencé dans un autre appartement ;

Ou même qu'il n'a pu commencer dans l'habitation du locataire qui prétend se faire absoudre (1734).

382. M. Toullier a prétendu que l'art. 1733 est limitatif (2). M. Zachariæ et ses judicieux annotateurs ont aussi pensé que cet article restreint le cercle des moyens de justification du preneur (3); mais je crois que cette proposition manque de justesse. A mon sens, loin que l'art. 1733 fasse antagonisme avec l'art. 1732, il se lie, au contraire, à lui comme le corollaire avec la règle. D'où il suit que tout moyen qui tendra à établir d'une manière ou d'autre que le locateur est exempt de faute, devra être accueilli. Car tel est le but que l'art. 1733 a eu en vue quand il s'est livré à une énumération purement énonciative (4). Supposons, par exemple, que le preneur prouve qu'au moment de l'incendie il était absent depuis longtemps avec sa famille et ses gens. Il faudrait être bien sévère pour ne pas trouver dans cette circonstance une justification complète de toute participation quelconque au désastre de la maison (5).

M. Zachariæ ne recule pas cependant devant une telle dureté. Mais il ne fait pas attention qu'en poussant le rigorisme à ce point, il met une sorte de contradiction singulière entre les art. 1733 et 1734. Je remarque, en effet, que l'art. 1734 n'énumère plus les causes d'excuse détaillées dans l'art. 1733, et qu'en définitive il absout celui des locataires qui, par un moyen ou par un autre, prouve que le feu *n'a pu commencer chez lui.* Il ne lui dit pas : « Vous indi« querez le cas de force majeure que vous assignez à « l'incendie ; ou bien vous établirez qu'il y avait vice « de construction ; ou bien, enfin, que le feu vous est « venu du voisin. » Il se contente de lui dire : « Vous « serez déchargé de toute responsabilité, si vous in« diquez celui de vos colocataires dans l'habitation « duquel le feu a commencé ; *ou même si vous prou« vez que l'incendie n'a pu commencer chez vous.* »

Indiquer celui des locataires dont l'habitation a communiqué l'incendie, c'est, dans l'art. 1734, faire ce que prescrit le dernier paragraphe de l'art. 1733, c'est-à-dire, prouver que le feu a été communiqué par une habitation voisine. Mais démontrer que le feu n'a pu commencer chez soi, c'est aller plus loin dans le cercle de la défense et des moyens d'excuse. Donc, un locataire qui, dans le cas de l'art. 1734, justifierait de son absence prolongée et de l'impossibilité qu'il y eût du feu allumé dans son appartement par suite de cet éloignement et de celui de ses gens, devrait être déclaré irresponsable. Et j'oserai en appeler, à cet égard, à la haute raison de M. Zachariæ lui-même. Or, ce que ce jurisconsulte est forcé d'approuver dans l'art. 1734, deviendra-t-il insignifiant et non excusable dans l'art. 1733? Est-il possible de concevoir que le législateur ait vu une telle différence entre les hypothèses prévues par ces articles, qu'il ait formulé pour l'une une catégorie de preuves inadmissibles pour l'autre? n'est-il pas évident, au contraire, que ces articles sont le produit de la même pensée, et qu'ils tendent au même but?

Pour moi, je tiens pour certain, malgré toutes les dissidences, que l'idée mère de l'art. 1732 se reflète dans les art. 1733 et 1734, et que tout ce qu'exige la loi, c'est que le preneur démontre qu'il est exempt de faute. Les preuves dont parle l'art. 1733 ne sont que des moyens de parvenir à ce résultat; ce sont des indications sages et non des restrictions fâcheuses et injustes.

383. Au surplus, remarquez que, lorsque j'ai parlé de l'absence du preneur, j'ai eu en vue une absence accompagnée de circonstances exclusives de fautes et de nature à rendre l'incendie impossible dans les lieux loués.

Telle n'était pas l'absence d'un des locataires du bazar incendié de Paris, qui croyait échapper à la responsabilité, en prouvant qu'il n'habitait pas son magasin la nuit de l'incendie et que même il lui était défendu d'y coucher. Il ne faisait pas attention qu'une absence de quelques heures, précédée de l'occupation des lieux dans la journée et le soir avec du feu et de la lumière, était insignifiante. Et c'est aussi ce qui fut très-bien jugé par la cour royale de Paris (6).

384. Les exagérations que je viens de relever ne sont pas les seules. D'autres ont encore essayé de fausser l'art. 1733; on a soutenu que le fait auquel on rattachait la force majeure devait, en quelque sorte, être rendu matériel et tangible par la preuve ; on aurait voulu voir la main de l'incendiaire et saisir sur le fait la torche coupable; point de preuves indirectes, point d'inductions! Il faut assigner la cause positive de l'incendie, et le locataire restera au-dessous de sa tâche si, se bornant à parler de ses précautions, il ne met pas sous la main du juge cette cause du sinistre!!

Mais qu'est-ce à dire? a-t-on résolu de faire de l'incendie un cas privilégié? est-ce que ce ne sera pas assez pour le preneur d'avoir été victime d'une des plus terribles calamités? Il faudra qu'il trouve devant la justice le fléau non moins redoutable du matérialisme de la lettre et du judaïsme des formules? L'on voudra enlever au juge la faculté de faire usage du raisonnement et d'arriver à la vérité par la puissance de l'induction!

Nous avons déjà vu, au no précédent, que ce système inadmissible est repoussé par la lettre même (puisqu'on veut des textes) de l'art. 1734.

(1) C'est bien ainsi que M. Duranton posait aussi la question, du *Louage*, no 109.
(2) T. 11, no 161.
(3) T. 3, p. 13, note 9, *in fine.*
(4) *Junge* M. Duvergier, no 425.
(5) M. Proudhon, *Usufruit*, t. 4, no 1551. Turin, 8 août 1809 (S., 11, 2, 113).
(6) 10 mai 1834 (S., 34, 2, 311).

Il a cependant été proposé très-sérieusement devant la cour de cassation. L'exemple que je vais citer montrera l'abus auquel on courait risque d'arriver.

Un locataire avait été admis, par la cour royale de Douai, à prouver « qu'au moment de l'incendie, tous « les habitants de la ferme étaient couchés, et n'a- « vaient pu échapper au danger qu'en se sauvant pres- « que nus; que le feu avait pris à un hangar éloigné « d'environ 30 pieds du corps de logis, hangar qui « ne contenait que des voitures et des instruments « aratoires, où jamais on ne portait de lumière, pas « même des lanternes, et où l'on n'était pas allé le « soir de l'incendie; que le feu avait pris à la partie « inférieure du toit de ce hangar, construit en « chaume, et à l'extérieur, du côté de la voie publi- « que; que l'opinion des habitants de la commune « était que le feu n'avait pu être porté que par la main « d'un incendiaire, et que la ferme aurait péri aussi « bien dans les mains du propriétaire que dans celles « du fermier. »

La preuve de ces faits ayant été administrée, un arrêt de la cour royale, du 13 juillet 1833, avait décidé que l'incendie était le fruit d'un cas fortuit.

Le pourvoi en cassation soutenait que le fermier n'avait pas prouvé le cas fortuit *d'une manière expresse et positive;* que la cour l'avait admis *par induction*, et non pas par suite d'*une démonstration directe* et palpable. Mais ce pourvoi fut rejeté et devait l'être (1). Car cette matière n'empêche pas, plus que les autres, le juge du fait de puiser sa conviction dans des circonstances qui conduisent *indirectement* à la vérité. Sans quoi on placerait le preneur dans la triste impossibilité de justifier sa conduite et sa diligence.

385. Je crains qu'un arrêt de la cour royale de Paris, du 4 juillet 1835, ne se soit pas montré aussi équitable que l'arrêt de Douai dont je viens de retracer l'espèce.

Le preneur demandait à établir que le feu avait pris dans un grenier *où* JAMAIS *ses employés n'entraient avec du feu;* qu'aussitôt la nuit venue, *on en fermait la porte;* que dans les maisons voisines, il existait des ouvertures et des jours de souffrance *non fermés et donnant sur ce grenier;* que plusieurs fois on y avait *placé des réchauds de feu;* qu'on y avait vu *des hommes qui fumaient;* qu'enfin les poutres qui traversaient le grenier étaient voisines de cheminées où il y avait des lézardes et des crevasses!

Ces faits étaient graves, bien graves! Néanmoins le tribunal et la cour royale en rejetèrent la preuve, par la raison *que la cause de l'incendie restait inconnue;* qu'il ne suffit pas au locataire d'établir *la possibilité* d'un fait de la nature de ceux énumérés dans l'article 1733, mais qu'il doit prouver que l'incendie a été occasionné par une des causes énumérées dans ledit article (2).

J'avoue que ces motifs me paraissent singulièrement restreindre le cercle de la défense du preneur et prêter à l'art. 1733 une pensée exclusive qu'il n'a pas. Le preneur prouve sa diligence; il démontre qu'il a pris toutes les précautions d'un père de famille diligent, *cautio quæ intelligetur in solo esse sapiente* (3). Et cependant l'on n'est pas encore satisfait, et l'on exige de lui, quoi? de faire *connaître la cause de l'incendie.* Mais ni l'art. 1734, ni surtout l'art. 1732, qui est la règle générale et la sanction de l'art. 1728, ne vont aussi loin, et cette observation devrait suffire pour prouver que l'art. 1733 ne parle de la cause de l'incendie qu'énonciativement et pour faire voir par des exemples quand il n'y a pas de faute de la part du preneur; et c'était bien ainsi qu'on entendait, au conseil d'État, l'art. 1733; car M. Tronchet disait que l'on *devait tirer des circonstances* la preuve de l'absence de faute du preneur (4).

Ajoutons enfin que, par suite d'une confusion fâcheuse, on ajoute arbitrairement aux prescriptions de l'art 1733. Quand, en effet, cet article parle de la force majeure, il ne demande pas qu'on montre taxativement au juge de quelle cause elle provient. Est-ce le feu du ciel? est-ce une main coupable qui a mis le feu? L'art. 1733 ne descend pas dans les détails; il ne demande qu'une chose, c'est qu'il y ait preuve de force majeure ou de cas fortuit. Or, qu'est-ce que la force majeure, si ce n'est cette puissance qui trompe la vigilance de l'homme et confond ses soins prudents? Lors donc que le conducteur a pris les sages mesures de conservation d'un père de famille diligent, quand il prouve qu'il a été exact, attentif, surveillant, précautionné, il démontre par cela même que le désastre est l'effet de la force majeure, c'est-à-dire d'une force plus grande que la force et la prévoyance données à l'homme! « *Accidens quod per « custodiam, curam, diligentiam, non potest evi- « tari* (5). » Après cela, que la cause du sinistre soit de telle sorte ou de telle autre, il n'importe! La justice n'a que faire de le savoir. Elle est satisfaite. Ne vous montrez donc pas plus exigeant qu'elle, en sommant le preneur de vous indiquer ce que, dans la plupart des cas, il ne saurait connaître, quand même il serait présent partout à la fois, et le jour et la nuit. Car les ruses de l'incendiaire échappent à toute surveillance.

386. L'art. 1733 n'a donc rien de limitatif; il ne fait pas au preneur une position exceptionnelle et restreinte. Il ne l'emprisonne pas dans tel ou tel genre de preuve. En un mot, il ne doit être judaïquement interprété, ni pour aggraver la difficulté de mettre au grand jour sa diligence et ses soins, ni pour le faire absoudre d'une incurie évidente.

Cette dernière réflexion nous conduit à un nouveau point de vue.

L'art. 1733 dit que le preneur est responsable de l'incendie, à moins qu'il ne prouve que le feu a été communiqué par une maison voisine. Mais cette preuve n'est pas toujours suffisante. Supposons que la cheminée du voisin qui a servi à la communication du feu soit en bon état de son côté, tandis que du côté du locataire, le mur est tellement dégradé par les œuvres de ce dernier, qu'il ne reste qu'un très-léger parement; que ce même locataire a adossé au mur ainsi délabré des matières inflammables qui ont pris feu à la faveur du peu de renfort du mur de séparation (6). Dans ce cas, le fait de communication du feu par la maison du voisin, sera bien loin d'entraîner à lui seul l'excuse du preneur, et il ne pourra échapper à la responsabilité écrite dans l'art. 1732.

387. Autre hypothèse. Le feu vient de la maison voisine; mais le locataire qui le voit arriver et qui peut l'éteindre, reste spectateur indifférent de ses progrès, semblable à ce duc de Mazarin qui, prévenu par ses gens que son hôtel brûlait, leur dit avec le plus grand calme : « Je ne me mêle pas des affaires « de ménage : allez prévenir madame la duchesse. »

(1) Arrêt des requêtes, du 11 février 1834 (D., 34, 1, 112).
(2) Inédit. Il est rapporté par M. Duvergier, t. 1, no 436.
(3) Cicér. (*Tuscul.*, liv. 4, no 6).
(4) Fenet, t. 14, p. 250. Locré, t. 7, p. 166, no 32. *Supr.*, no 364.
(5) *Supr.*, no 345, note, et no 360, le texte d'Alfenus.
(6) V. un arrêt de Poitiers, du 10 juin 1819 (D., 24, 2, 76).

Nous pensons que l'origine du feu ne serait pas pour le preneur négligent une excuse suffisante. Son incurie supine le constituerait en faute grave; ce serait un cas de responsabilité (1).

388. On voit par là que, soit que l'art. 1733 soit tourné contre le preneur, soit qu'il soit invoqué par lui comme arme défensive, il faut toujours le combiner avec les art. 1728 et 1732, par lesquels il est dominé.

C'est faute de s'être bien pénétré de cette vérité que M. Duvergier (2) a vu du louche dans l'arrêt de la cour royale de Paris, dont je parlerai tout à l'heure, et qui a été rendu à l'occasion de l'incendie de la Gaieté. La cour ne s'est nullement arrêtée, comme paraît le croire M. Duvergier, à cette thèse de la plaidoirie, savoir, que l'art. 1733 n'est pas opposable au locataire d'un théâtre. Elle a réduit la question à cette recherche unique : Y a-t-il eu faute de la part du preneur? Sur ce terrain, elle était dans le cercle de la loi, et la décision qui relaxe le preneur, d'après les faits de la cause, me semble juste et irréprochable.

389. Or donc, puisqu'il est constant que tout vient aboutir en définitive à une appréciation de diligence ou de faute de la part du preneur, le juge pèsera avec soin les circonstances. Indépendamment des règles qui l'aideront à reconnaître la faute lourde, ou la faute dont ne se rend pas coupable le père de famille diligent (3), il entrera dans tous les détails qui sont de nature à caractériser la conduite du preneur; il interrogera les faits qui ont pu influer sur ses démarches, et déterminer sa position.

Cette recommandation est nécessaire. Voyez, en effet, combien les circonstances font varier les aperçus juridiques.

Les salles de spectacles, par exemple, exigent, par suite même de leur destination, un emploi extraordinaire du feu. Là, l'élément destructeur n'est pas renfermé dans la prison tutélaire du foyer domestique; il se promène au contraire en tous sens, il circule depuis les souterrains jusqu'au faîte. Lancé par la main qui le dirige, il sillonne l'air et va se jouer auprès de la toile et de l'étoupe inflammable. Sans doute le danger est grand; mais l'illusion scénique et les plaisirs du public sont à ce prix! Le propriétaire qui a loué sa salle l'a su; sa prévoyance n'a pu ignorer que les chances d'incendie étaient quotidiennes dans un édifice loué pour de telles expériences. Il a consenti d'avance à des faits qui ailleurs seraient imprudents, et qui sont ici de nécessité; il a pour ainsi dire autorisé une lutte périlleuse et incertaine entre deux forces rivales; entre le feu livré à son essor, et l'art de l'homme qui cherche à le gouverner.

Dans une telle situation, l'on aperçoit tout de suite que la force majeure se juge ici d'un tout autre point de vue que dans les cas ordinaires. Le simple locataire qui, dans son appartement, braverait par de telles épreuves les dangers de l'incendie, serait condamné tout d'une voix comme un imprudent; mais il en est autrement d'un directeur de théâtre, qui est obligé d'employer le feu à des usages autres que les usages domestiques. La force majeure, c'est-à-dire, la puissance du plus redoutable des éléments, le serre donc de plus près; elle est à côté de lui plus menaçante et plus grave, et tout le génie de l'artificier ou du mécanicien peut rester impuissant pour la prévenir ou la dompter.

Dès lors, il devient plus évident que jamais (et ceci confirme de plus en plus l'interprétation que nous avons donnée de l'art. 1733) que le locataire aura fait tout ce que le contrat et la loi l'obligeaient à faire quand il aura pris toutes les mesures de prudence d'un surveillant diligent et exact.

C'est ce qu'a très-bien vu la cour royale de Paris dans l'affaire de l'incendie du théâtre de la Gaieté.

Un des préposés avait été chargé de simuler des éclairs, et une partie enflammée s'était détachée de la torche, ce qui avait été la cause première de l'incendie de la salle.

Du reste, il était établi que l'instrument destiné à imiter les éclairs était tel qu'on a coutume de l'employer dans tous les théâtres; qu'il n'avait été rien innové aux procédés usités; qu'on ne pouvait même reprocher au preneur de s'être livré, dans la mise en scène, à des expériences de nature à augmenter les chances du feu; que toutes les précautions avaient été prises pour prévenir les ravages du feu; que le matériel destiné à agir en cas d'incendie était en état; que les réservoirs étaient remplis d'eau, et que les pompiers étaient à leur poste, en plus grand nombre qu'à l'ordinaire.

Dans ces circonstances, le tribunal de première instance de la Seine et la cour royale décidèrent que le preneur avait rempli toutes les obligations qui lui étaient imposées, et qu'aucune faute ne lui était imputable; que dès lors, si le feu n'avait pas été éteint dès l'origine, s'il était arrivé à l'état d'incendie, le sinistre, n'ayant pu être empêché par le preneur, était la conséquence d'un cas fortuit.

Cette décision me paraît contenir une appréciation très-exacte de la position des parties, et une compréhension tout à fait juridique de l'art. 1733 (4).

390. Passons maintenant à un autre ordre d'idées, et voyons ce qui a trait à l'indemnité due au bailleur.

Elle consiste dans la somme nécessaire pour la réparation ou la reconstruction de l'édifice détruit; il y a même d'anciens arrêts qui ont condamné le preneur à *refaire* la maison brûlée par sa faute (5). Dans tous les cas, il doit rendre le bailleur indemne de tout dommage (6). Et notez bien qu'il n'est pas dans la même position que les assureurs : ceux-ci n'ont contracté qu'une obligation, qui est de payer la valeur réelle de la chose au moment du sinistre (7); mais les engagements du preneur vont au delà : tenu de rendre la chose dans l'état où il l'avait reçue, il faut qu'il la remplace par le dédommagement de tout le mal qu'éprouve le bailleur par la privation de sa chose, ***lucrum cessans et damnum emergens*** (8).

391. Lorsque la destruction a été totale, le bail prend fin nécessairement d'après l'art. 1741, et il ne serait pas au pouvoir du preneur de reconstruire la maison pour continuer à l'habiter. Mais si la destruction, quoique très-considérable, n'est que partielle, le preneur qui a intérêt à continuer le bail pourra faire faire les réparations à ses frais et conduire le contrat jusqu'à sa fin. Pour que le propriétaire fût fondé à y mettre obstacle, il faudrait qu'il prouvât des actes de mésus et de négligence affectée rentrant dans le cas de l'art. 1729. Mais la simple présomption établie

(1) Répert. de M. Merlin, v° *Incendie*, § 2, n° 7, p. 56, col. 1.
(2) T. 1, n° 417.
(3) *Supr.*, nos 361, 462.
(4) *Supr.*, n° 388.
(5) V. Legrand, sur Troyes, p. 338, t. 2, n° 25.
(6) Bourjon, t. 2, t. 4, ch. 3, sect. 3, nos 37 et 42.
(7) Toullier, t. 11, n° 177. M. Grun, *des Assurances*, n° 252. M. Boudousquié, n° 174. M. Duvergier, n° 419.
(8) M. Duvergier, *loc. cit.*

dans l'art. 1733 ne serait pas suffisante, au moins dans les cas ordinaires, pour servir de fondement légitime à une demande en résiliation. Le preneur satisferait pleinement le propriétaire en rétablissant les lieux dans leur primitif état(1).

392. Nous ferons remarquer, du reste, avec M. Zachariæ (2), que la responsabilité du locataire n'a pour objet que le dommage causé au bâtiment; qu'elle ne s'étend pas, de plein droit, à la perte ou à la détérioration du mobilier que le propriétaire avait placé dans la partie du bâtiment incendié qu'il occupait. Un arrêt de la cour de Lyon, du 17 janvier 1834, l'a, avec raison, ainsi décidé (3). Lorsqu'en effet le propriétaire réclame l'indemnité du dommage causé à son mobilier, ce n'est plus comme bailleur qu'il agit, et l'art. 1733 ne sert plus de fondement à sa demande. Son action ne trouve son point d'appui que dans les art. 1382 et suivants du C. C., qui ne porte contre le défendeur aucune présomption défavorable. Le propriétaire n'aura donc droit à une indemnité qu'autant qu'il prouvera la faute du preneur (4).

393. Le droit à l'indemnité est cessible de sa nature, et l'on voit tous les jours les compagnies d'assurance se faire subroger, par les polices, au droit du propriétaire à qui elles auront payé la valeur du sinistre. La validité d'une telle clause avait été contestée par la cour royale de Colmar (5). Mais la jurisprudence est aujourd'hui d'accord pour lui prêter sa sanction (6).

394. Quelquefois une clause du bail charge le locataire d'assurer l'immeuble loué, et alors l'assurance est prise en son nom et à ses frais.

Dans ce cas, si l'incendie retombe sur lui, l'indemnité lui profite, et c'est entre ses mains que la compagnie doit la payer.

Si, au contraire, l'incendie provient de force majeure et retombe sur le bailleur, ce dernier seul aura droit au montant de l'indemnité, et le locataire sera censé n'avoir agi que comme son *negotiorum gestor* (7).

Article 1735.

Le preneur est tenu des dégradations qui arrivent par le fait des personnes de sa maison ou de ses sous-locataires.

SOMMAIRE.

395. Origine de cette disposition; elle est bien préférable à la législation romaine sur cette matière.
396. Le locataire est responsable même du fait de son sous-locataire.
397. L'aubergiste répond des dégradations commises sur la chose louée par les voyageurs qu'il héberge.
398. Le locataire peut-il se libérer des poursuites du bailleur en lui cédant ses actions contre les auteurs du dommage?
399. *Quid* si l'auteur du dommage est un sous-locataire?

COMMENTAIRE.

395. L'art. 1735 a été emprunté aux écrits de Pothier. Ce jurisconsulte faisait remarquer la différence existante entre le droit romain et le droit français sur la responsabilité du preneur, par rapport aux personnes de sa maison.

Par le droit romain, le preneur n'était responsable qu'autant qu'il avait commis la faute de prendre chez lui des personnes capables de commettre, par leur étourderie ou leur négligence, des actes de dégradation (8). Mais, dans la pratique, cette théorie était la source de beaucoup de difficultés. Comment arriver à convaincre le locataire d'avoir connu les mauvaises mœurs ou l'incurie de ses hôtes et serviteurs? La jurisprudence française rejeta donc toutes ces distinctions, et elle voulut que le preneur répondît indistinctement des fautes des personnes de leur maison; c'est aussi ce que le Code civil a exigé par notre article. Cette obligation est dure quelquefois: mais elle était commandée par la sûreté publique, et les preneurs pourront le plus souvent s'en garantir en veillant sur leurs domestiques avec un soin diligent (9). On trouvera du reste l'application de cette règle aux nos 571, 580 et 589.

396. La responsabilité du preneur s'étend aussi au fait des sous-locataires qu'il s'est donnés. C'est le texte de notre article (10).

397. Il suit de tout cela qu'un aubergiste répond des dégradations et dommages quelconques que les voyageurs qu'il reçoit dans son hôtellerie causent à la chose louée (Arg. de l'art. 1953). L'adage du droit romain: « *Caupo non præstat factum viatoris* (11) » me paraît repoussé par l'art. 1953 et par la disposition si générale et si absolue de l'article 1735. La doctrine contraire de Pothier (12) n'est pas en harmonie avec les

(1) Arrêt de Colmar, du 23 avril 1838. Il est rapporté dans l'intéressant recueil des arrêts de cette cour, par Me Neyremaud (1838, p. 87 et suiv.).
(2) T. 3, p. 15.
(3) D., 34, 2, 150. S., 34, 2, 241.
(4) *Junge* M. Duvergier, t. 1, no 410.
(5) 13 janvier 1832 (S., 33, 2, 105).
(6) Cassat., 1er décembre 1834 (D., 35, 1, 67. S., 35, 1, 148). 23 avril 1836 (S., 36, 1, 272). Toullier, t. 11, no 175. M. Duverg., t. 1, no 418.
(7) Colmar, 23 avril 1838 (Recueil précité).
(8) L. 11, D. *Loc. cond.* (Ulpien); l. 27, § 11, D. *Ad leg. Aquil.* (Ulpien); l. 30, § 4, D. *Loc. cond.* (Alfenus).
(9) *Louage*, de Pothier, no 193. Domat, l. 1, t. 4, sect. 2, no 5. M. Toullier, t. 11, nos 162, 166. M. Duranton, *Louage*, no 106. M. Duvergier, t. 1, nos 426, 427.
(10) M. Toullier, t. 11, no 166.
(11) L. unic., § fin., D. *Furt. adv. naut.* N. B. La loi, 2, D. *Caupon.* disait le contraire.
(12) *Louage*, no 194.

textes de nos lois modernes (1), et je n'oserais lui donner mon adhésion, malgré celle que lui donne M. Duranton (2).

398. Puisque le preneur est directement responsable envers le bailleur, il ne peut se libérer en abandonnant à celui-ci ses actions contre les auteurs du dommage.

Du reste, rien n'empêchera le bailleur d'actionner *rectâ viâ* les personnes de la maison, s'il le juge convenable ; mais il réfléchira qu'il ne peut triompher qu'à la condition de prouver qu'elles sont en faute (3).

399. Il en est autrement quand l'action est intentée contre des sous-locataires, par les raisons que j'ai dites *suprà* (4).

Article 1736.

Si le bail est fait sans écrit, l'une des parties ne pourra donner congé à l'autre qu'en observant les délais fixés par l'usage des lieux.

Article 1737.

Le bail cesse de plein droit, à l'expiration du terme fixé, lorsqu'il a été fait par écrit, sans qu'il soit nécessaire de donner congé.

SOMMAIRE.

400. Événements qui mettent fin aux baux écrits ou non écrits.
401. Quand le bail est muet sur sa durée, comment et dans quel délai l'une des parties peut-elle donner congé à l'autre?
402. Signification du mot *congé* : le Code n'en a pas réglé les formes.
403. Si la durée du bail est fixée, le congé est-il encore nécessaire?
404. Vice de rédaction de nos deux articles : la nécessité de donner congé ne dépend pas de la circonstance que le bail est écrit ou non écrit.
405. De plus, ces articles semblent appliquer les règles sur le congé aux baux de biens ruraux comme aux baux de maisons, tandis que la durée des premiers est toujours limitée. Motif de cette inexactitude.
406. Multiplicité des délais du congé suivant les lieux.
407. Coutume de Paris sur la durée de ces délais.
408. Coutume d'Orléans. Le Code a-t-il enlevé aux usages qui fixent la durée des baux, le droit d'opérer la résolution sans congé?
409. Coutume de Montargis; elle se confond avec la précédente.
410. Coutumes de Lille, Reims, Toulouse.
411. Coutumes de Sens, Châlons, Bar.
412. Coutume de Normandie. Cette coutume, et les trois précédentes, en exigeant le congé en cas de tacite réconduction, sont-elles en contradiction avec les usages qui opèrent la résolution de plein droit?
413. Coutume d'Auvergne.
414. Id. de Rennes.
415. Id. du Bourbonnais
416. Id. de Bordeaux.
417. Id. de Melun et de Lorraine.
418 et **419.** Comment se computent les délais de congé?
420. Délai de faveur accordé au preneur après l'expiration du bail.
421. Ce délai n'entraîne aucun supplément de loyer.
422. Comment se prouve le congé et dans quelles formes doit-il être donné?
423. Le congé est-il la résolution même du contrat, et comme tout autre acte synallagmatique, n'est-il valable que lorsqu'il est accepté?
424. La partie qui a donné congé peut-elle toujours se rétracter tant que l'autre n'a pas manifesté sa volonté?
425. Il est inutile que le congé soit fait double ; la loi d'ailleurs ne l'exige point.
426. Comment se donne le congé par voie non amiable.
427. Si le domaine affermé appartient par indivis à plusieurs propriétaires, le congé donné par l'un d'eux est-il valable?
428. *Quid* s'il est donné contre le consentement de ses copropriétaires?
429. S'il y a plusieurs preneurs, le congé donné par l'un d'eux sera-t-il efficace? Influence de leur solidarité sur l'efficacité de ce congé.
430. De la cessation des baux à terme fixe ; différence de ce terme avec les époques où chaque partie peut résilier.
431. Quel tribunal est compétent pour les contestations en matière de congé?
432 à **434.** Le bail expiré, qu'arrive-t-il si le locataire ne veut vider les lieux?
435. Mode d'expulsion plus expéditif autorisé par quelques coutumes.
436. Justification de la légalité de ce mode d'expulsion.
437. Arrêt à l'appui.
438. Ce mode n'est que l'exercice du droit de propriété contre un envahisseur, et d'ailleurs le propriétaire ne s'en prend qu'à sa propre chose.
439. Autorité des anciennes coutumes d'Auvergne et du Dauphiné.
440. Différence de ce moyen d'expulser un locataire obstiné avec le droit féodal des seigneurs censiers de mettre obstacle à la jouissance des censitaires qui refusaient le payement du cens.
441. Cet ancien droit était une véritable mesure d'exécution, interdite de nos jours à toute personne de son autorité privée.
442. Il n'a rien de commun avec le fait d'un propriétaire qui veut entrer en jouissance de sa chose usurpée.

COMMENTAIRE.

400. Nous arrivons aux causes de dissolution du bail. Le législateur va traiter cette matière dans les art. 1736 à 1751.

Le bail cesse par l'expiration du terme fixé par la convention ou par l'usage des lieux (art. 1737 et 1775).

(1) M. Duvergier, t. 1, n° 431.
(2) *Louage*, n° 107.
(3) *Supr.*, n° 369.
(4) N° 372.

Si le terme n'a pas été fixé, il peut finir par la volonté des parties (art. 1736)(1).

Le bail finit encore par la perte de la chose louée (art. 1741), ou par l'inexécution des conditions convenues ou inhérentes au contrat (1741).

Enfin, il prend fin par l'événement d'une condition qui, d'après la convention, devait entraîner l'expulsion du fermier (1744 et suiv.).

Nous nous occuperons successivement, et dans l'ordre du Code, de ces causes de résolution du contrat de louage. Commençons par l'art. 1736 : il est relatif au cas où le bail est muet sur l'époque de sa fin.

401. Si le bail est fait sans terme fixe, comme il serait contraire à sa nature qu'il se prolongeât indéfiniment d'une manière irrévocable (2), notre article veut qu'il se résolve par la volonté de l'une ou de l'autre des parties. Mais cette volonté ne doit pas être tellement absolue et exigeante, qu'elle ne laisse à la partie adverse aucun délai pour se reconnaître et prendre ses mesures. Il serait contraire, en effet, à la justice que le preneur fût obligé de quitter sur-le-champ le domicile qu'il occupe, au risque de manquer d'un asile propre à le recevoir, lui, sa famille et son mobilier ; réciproquement, ce serait faire tort au propriétaire que d'abandonner les lieux à l'improviste, et de le mettre dans la nécessité de subir des non-valeurs par défaut de location immédiate. Les habitudes de chacune de nos provinces avaient donc fixé certains délais qui devaient précéder la résolution du bail, et auxquels la volonté des parties devait se manifester pour être utile. Ces délais variaient à l'infini. Plusieurs des cours d'appel auxquelles fut soumis le projet du Code civil, manifestèrent le désir de voir ramener les choses à l'unité, et insistèrent pour que la loi nouvelle fît disparaître une fâcheuse bigarrure, en fixant un délai uniforme pour toute la France (3). La multiplicité des réclamations aurait dû prouver au conseil d'État et au tribunat que ces usages locaux n'étaient pas de ceux auxquels il n'est pas permis de faire violence sans inconvénient (4). Néanmoins, les observations de ces cours d'appel ne furent pas écoutées. Le Code s'en réfère, pour le délai des congés, aux usages particuliers de chaque localité. En matière de bail, les usages ont toujours eu beaucoup d'empire (5).

402. L'on voit du reste que le Code continue à appeler *congé* l'avertissement par lequel l'une ou l'autre des parties fait connaître son intention de mettre fin au louage ; mais il ne prescrit pas dans quelle forme le congé doit être donné. Quelques cours d'appel avaient encore demandé une règle à cet égard (6). Quelque juste que fut l'observation, les rédacteurs du Code n'en ont pas tenu compte.

403. Quand le contrat détermine une époque fixe à laquelle le louage doit finir, il n'est plus nécessaire de donner congé. Le bail cesse de plein droit à l'expiration du terme fixé (1737) (7).

En est-il de même du cas où c'est l'usage ou la coutume locale qui donne au bail une durée précise? Cette question sera examinée aux n°s 408 et suivants.

404. Tel est le raccourci des idées principales qui se rattachent aux art. 1736 et 1737. Quand Bartole a fini un semblable travail sur une loi romaine, il conclut ordinairement par ces mots : *Hoc dicit.* Je ne puis en faire autant à l'égard des articles 1736 et 1737 ; car ce que je viens d'exposer est bien ce qu'ils ont voulu dire, mais non pas littéralement ce qu'ils ont dit ; car leur texte prête beaucoup à la critique, et la rédaction en est vicieuse. C'est une observation qui n'a échappé à aucun de ceux qui ont écrit sur le contrat de louage. Il semblerait, en effet, par la lettre des art. 1736 et 1737, que la nécessité du congé n'a lieu que lorsque le bail est *fait sans écrit*, et qu'il ne devient inutile que *lorsqu'il a été fait par écrit.* Mais comment l'écriture serait-elle une circonstance déterminante? Qu'importe que le bail soit écrit, s'il ne s'explique pas sur l'époque où il doit cesser? Qu'importe qu'il soit verbal, si les parties sont d'accord sur sa durée, ou si cette durée a été fixée par l'usage des lieux? L'écriture est donc absolument indifférente, comme le dit très-bien M. Delvincourt (8) ; c'est le silence des parties sur l'époque à laquelle le contrat doit finir, ou bien la convention d'un terme fixe, qui décide s'il doit y avoir congé, ou si le contrat se résout de plein droit ; l'imperfection de nos deux articles tient probablement à ce que la durée des baux faits verbalement, est indéterminée dans beaucoup de localités, tandis que la durée des baux faits par écrit est presque toujours fixée. Mais ce n'est pas une raison suffisante pour excuser dans la loi un langage aussi peu precis (9).

405. Ce reproche n'est pas le seul. Les art. 1736 et 1737 sont placés sous la rubrique des *règles communes aux baux de maisons et de biens ruraux.* Il semble donc qu'ils font la loi pour les baux à ferme et les locations de terres à cultiver ; et dès lors, celui qui aura donné à bail, sans fixation de durée, un immeuble, tel que vigne, pré, champ, etc., sera tenu de donner congé au preneur avec lequel il voudra rompre ses rapports. Eh bien, pas du tout. L'art. 1775, placé sous la rubrique des *règles particulières aux baux à ferme,* dit que ces sortes de baux, quoique faits sans écrit, c'est-à-dire sans terme contractuel, cessent de plein droit et sans signification de congé, à l'expiration du temps pour lequel ils sont censés faits d'après l'art. 1774 (10)!

L'explication de cette contradiction se trouve dans

(1) En cas de résiliation d'un bail, consentie par la femme en vertu d'une procuration générale de son mari, des actes de possession exercés par le bailleur postérieurement à cette résiliation n'emportent pas nécessairement une ratification tacite de la part du mari. (18 juillet 1814, C. de Brux.; Jur. de Belg., 1814, 2, 267.)

Le bailleur qui ne fait aucune réponse à la notification de la part du preneur de la résolution du contrat, ne doit pas être censé y avoir donné son adhésion. (8 octobre 1823, C. de Brux.; Jur. de Belg., 1823, 2, 211.)

Sous l'empire de l'édit perpétuel de 1611, la preuve testimoniale était admissible à l'effet d'établir l'acceptation des clefs et la reprise du bien loué de la part du bailleur, ce qui, aux termes du bail, suffisait pour le faire regarder comme résilié. (8 mars 1828, C. de Brux.; Jur. de Belg., 1828, 1, 283.) (*Édit. belge.*)

(2) *Supr.*, n° 4, art. 1709.

(3) Amiens (Fenet, t. 3, p. 140). Bourges, id., p. 248. Caen, id., p. 455. Liége, id., p. 617. Metz (Fenet, t. 4, p. 415). Orléans (id., t. 5, p. 83). Poitiers, id., p. 316. Toulouse, id., p. 618.

(4) M. Mouricault (Fenet, t. 14, p. 329) donne cependant cette raison. Locré, t. 7, p. 201, n° 10.

(5) L. 19, C. *Loc.*

(6) Bourges, Metz, Orléans.

(7) Pothier, *Louage*, n° 29. *Infr.*, n°s 408, 430.

(8) T. 3, p. 195, notes, id., in-8°, t. 7, p. 230. *Junge* M. Duranton, *Louage*, n° 116. M. Duvergier, t. 1, n°s 485, 486. M. Zachariæ, p. 23.

(9) Même défaut de rédaction dans les art. 1774, 1775, 1776.

(10) Duranton, *Louage*, p. 28, note. M. Merlin, Répert., v° *Bail*, § 4. Lyon, 4 septembre 1806. Trèves, 27 mai 1808. S., 8, 2, 309. Bruxelles, 15 mars 1808. S., 10, 2, 536. Metz, 1er avril 1818, S., 19, 2, 83. Dalloz, *Louage*, p. 940; in-8°, t. 19, p. 55.

une observation que nous avons présentée au n° 103. C'est que l'art. 1736, destiné originairement à figurer dans une section qui traitait *de la forme et de la durée des baux*, a été déclassé par suite d'un amendement de M. Regnault de Saint-Jean d'Angely. J'ai déjà fait remarquer combien ce déplacement a nui à la clarté de la section que nous commentons; il nous suffira de remarquer que, malgré une distribution défectueuse, l'art. 1736, inapplicable aux baux à ferme, qui sont toujours faits avec un terme fixe, exprès ou sous-entendu (1774), domine tous les autres baux soumis à l'empire d'une durée illimitée. On aurait tort de croire qu'il ne concerne que le louage des maisons(1). Il embrasse, je le répète, tous les baux quelconques sans terme fixe, baux de carrières, de mines, de tourbières, comme les baux d'habitations. Il faut rendre à l'art. 1736 la généralité que le remaniement provoqué par M. Regnault, et maladroitement exécuté, lui a enlevée en apparence.

406. Revenons maintenant sur les délais du congé. Nous ne voulons pas entreprendre de donner un tableau complet des usages si divers suivis dans nos provinces. Quelquefois les coutumes les avaient fixés, mais la jurisprudence des tribunaux les avait modifiés. Souvent aussi on n'était d'accord ni sur l'usage ni sur la jurisprudence. Nous n'avons pas des documents assez exacts pour satisfaire tous ceux qui voudraient trouver ici le narré encyclopédique de tant de diversités.

Nous nous bornerons à signaler quelques fragments de la jurisprudence suivie dans les pays dont les habitudes sont mieux connues (2).

407. A Paris, s'il s'agit d'une maison entière, d'un corps de logis ou d'une boutique sur la rue, le délai du congé est de six mois, à raison de la difficulté qu'il y aurait à trouver dans un moindre temps une location de même nature; mais s'il s'agit d'une ou plusieurs chambres, il suffit de prévenir trois mois d'avance, quelle que soit la somme à laquelle se monte le loyer : tel est l'usage actuel; il déroge à d'anciens us attestés par MM. Pigeau (3) et Delvincourt (4), et plus anciennement par Denizart (5) et Pothier (6). Il est consacré par arrêt de la cour de Paris du 20 juillet 1825 (7).

Le délai de six mois est cependant accordé, dans tous les cas, aux personnes qui exercent certaines professions qui les obligent à demeurer dans un quartier déterminé : tels sont les commissaires de police, les maîtres et les maîtresses de pension (8), les juges de paix (9).

Les délais sont toujours réciproques (10).

408. L'usage d'Orléans, tel que Pothier nous l'atteste, est digne de remarque (11). Le bail est présumé fait pour un an. Après ce terme, il expire de plein droit, sans qu'il soit besoin de donner congé auparavant; ainsi, l'on suit à Orléans, pour le bail verbal des maisons, une règle analogue à celle que le Code a proclamée en matière de bail de biens ruraux (art. 1775). Le bail de maisons y est toujours censé fait avec un terme fixe; il contient une convention implicite que le bail finira au bout de l'année.

L'art. 1737 abroge-t-il cet usage? s'oppose-t-il à ce qu'un bail verbal expire de plein droit par l'échéance du terme réglé par la coutume?

Je ne le pense pas.

J'ai dit que ces mots, *bail écrit, bail fait sans écrit*, ne doivent pas être pris à la lettre. Ils ne signifient pas autre chose que, bail avec terme, bail sans terme.

Qu'importe dès lors que le terme soit fixé par la convention écrite ou qu'il soit fixé par l'usage? Lorsque les parties s'en réfèrent à la coutume pour régler leurs relations, les dispositions de la coutume ne viennent-elles pas s'incorporer nécessairement à leur accord? *Eadem vis est taciti ac expressi* (12).

Notez bien d'ailleurs que l'art. 1736 ne dit pas en termes prohibitifs et absolus que le bail verbal ne finira que par un congé. La formule qu'il emploie est bien différente. Il veut tout simplement que l'on suive l'usage des lieux pour le délai des congés à donner, dans le cas où le bail est fait sans écrit.

Il est vrai que l'art. 1737 semble attribuer aux seuls baux écrits le privilége de se terminer de plein droit; mais dès l'instant qu'il est accordé par tout le monde que les mots *baux écrits* n'ont pas un sens rigoureux et précis, et qu'ils signifient *baux sans terme fixe*, l'objection qu'on voudrait tirer de l'article 1737 tombe d'elle-même. L'art. 1775 en est la preuve évidente.

Enfin, il paraît difficile de croire qu'à l'instant même où l'art. 1736 fait revivre les usages locaux, l'art. 1737 les eût abrogés d'une manière si brusque.

409. La coutume de Montargis (13) donne aussi aux baux de maisons une durée d'un an; mais l'effet de ce terme était-il d'agir de plein droit comme à Orléans et de dispenser d'un congé? Je le crois, à raison de l'identité d'origine des deux coutumes (14).

L'art. 1775 du Code civil, combiné avec l'art. 1737, fournit d'ailleurs un argument favorable à ce résultat.

Au surplus, tout dépend des usages particuliers. J'ignore si aujourd'hui il en existe de contraire à celui dont Pothier nous a conservé la tradition.

410. J'en dirai autant des coutumes de Lille (15), Reims (16), Toulouse (17), d'après lesquelles les baux

(1) C'est ce que semblent croire M. Merlin, *Bail*, § 4, et M. Curasson (*Compét. des juges de paix*, p. 287).

(2) *Bruxelles*. Dans l'usage de la ville de Bruxelles, constaté par l'art. 127 de la Coutume, le congé doit être notifié trois mois d'avance. (13 vend. an XII, C. de Brux.; Décis. not., t. 4, p. 123.)

Un propriétaire qui s'est réservé pour son habitation une partie d'une maison qu'il a louée, sous la condition qu'il pourrait la quitter à son gré, et la laisser au compte du locataire, peut la délaisser quand bon lui semble, sans devoir suivre les règles concernant les baux des maisons. (23 nov. 1831, C. de Brux.; Jur. de Belg., 1832, 2, 45.) (*Édit. belge.*)

(3) *Procéd. civ.*, t. 2, p. 412. *Junge* arrêt de la cour de cassation du 23 février 1814 (Dalloz, *Louage*, p. 933; in-8°, t. 19, p. 4).

(4) T. 3, p. 195, notes; in-8°, t. 7, p. 230.

(5) V. *Congé*.

(6) *Louage*, n° 29.

(7) D., 25, 2, 220.

(8) Arrêt précité de la cour de cassation. Il est relatif à un maître de pension.

(9) MM. Delvincourt et Pigeau, *loc. cit.*, d'après Pothier, n° 29.

(10) M. Duvergier, t. 2, n° 40. *Contrà*, M. Pigeau.

(11) *Louage*, n° 29.

(12) V. *infr.*, n° 619.

(13) Ch. 18, art. 5.

(14) Brodeau dit qu'elles *sont sorties du même tronc* (sur les rubriques de l'ancienne coutume d'Orléans, *au Coutumier général*).

(15) Ch. 15, n° 10.

(16) Art. 390.

(17) Du *Louage*, art. 2.

sont censés faits pour un an, mais qui ne décident rien sur la nécessité et l'époque des congés. Je pense que l'expiration du terme coutumier met fin au bail, de plein droit.

411. M. Duvergier est d'une opinion contraire; il considère l'usage d'Orléans comme exceptionnel; il croit que dans les lieux où les locations sont censées faites pour un an ou pour tout autre temps, l'usage est de ne faire expirer le bail qu'autant qu'il y a eu congé. Mais les Coutumes de Sens (1), de Châlons (2) et de Bar (3), qui lui servent d'argument, ne me paraissent pas concluantes. Ces coutumes n'imposent l'obligation de donner congé trois mois d'avance qu'au cas de tacite réconduction; elles supposent qu'il y a eu précédemment un bail d'*une ou plusieurs années*; qu'à l'expiration de ce bail, le conducteur reste en possession, et qu'alors commence un nouveau bail appelé tacite réconduction. Mais quelle sera la durée de la réconduction? sera-t-elle d'un an, ou plus ou moins? ces coutumes ne précisent rien, elles laissent au nouveau bail *une durée indéfinie*, et c'est pour cela qu'elles ont senti la nécessité du congé, qui opère, par la volonté des parties, ce que la loi locale n'a pas entendu déterminer.

412. L'usage de Normandie semble au contraire rentrer davantage dans l'opinion de M. Duvergier; là, au témoignage de Houard, la durée du bail verbal est d'un an, et par conséquent aussi, celle de la tacite réconduction; et cependant l'usage est de donner congé six mois avant la fin de la deuxième année. Écoutons Houard. « *De droit, tout bail verbal pour les biens de* « *ville est d'une année; et* APRÈS LA JOUISSANCE D'UNE « ANNÉE, *le propriétaire doit avertir le locataire* « 6 MOIS AVANT L'EXPIRATION DE LA DEUXIÈME ANNÉE, s'il « est question d'un corps de logis entier, etc. (4). »

Remarquez cependant qu'on ne donne pas congé pour la première année. On suppose donc que ce temps d'un an fixé par l'usage local, a la même vertu qu'à Orléans, et que le bail expire de droit à ce terme. Ce n'est que lorsqu'on a commencé, sans nouveau marché, une seconde année, qu'alors la tolérance des parties est censée se prolonger tant qu'un congé ne vient pas manifester des intentions contraires. Ainsi l'usage normand, loin de favoriser l'opinion de M. Duvergier, me paraît en définitive la rendre plus douteuse.

413. Dans les pays de haute Auvergne, tels que Saint-Flour (5), Aurillac (6), le délai des congés est de 6 mois.

414. C'est le temps également suivi à Rennes (7).

415. En Touraine (8), il est aussi de 6 mois, pour une maison entière et une auberge, et de 3 mois pour un appartement.

415 *bis*. Trois mois en Bourbonnais (9),

416. A Bordeaux (10),

417. A Melun (11), en Lorraine (12).

418. J'arrête ici ces détails; je craindrais de me tromper en allant plus loin. Le premier huissier que l'on consultera en apprendra davantage et conseillera mieux que n'aurait pu le faire le grand Cujas.

419. Dans tous les cas, il faut que le délai soit complet; d'où il suit que quand, pour le rendre tel, il ne manquerait qu'un jour, il ne pourrait pas produire son effet (13).

C'est ce qu'a jugé la cour royale de Nancy sous ma présidence, par arrêt du 12 juillet 1833 (14).

Observons en outre que les mois se comptent de terme à autre.

Ainsi, si le délai pour donner congé est de 6 mois, et qu'il soit donné pour le 1er janvier, il faut le signifier au plus tard le dernier juin; il n'aurait plus de valeur le 1er juillet; de même pour les délais inférieurs de 3 mois et de 6 semaines (15).

420. A l'expiration du bail, il est d'usage d'accorder au locataire de maisons un délai de quelques jours pour terminer son déménagement et finir les réparations locatives (16). Ce délai de grâce est de huit jours, dans la plupart des cas, et même de quinze jours quand la location est d'une maison entière ou d'une boutique (17). La coutume de Lorraine le fixe à quinze jours (18), celle de Melun à huit (19). A Paris, d'après un acte de notoriété du Châtelet, le délai est de quinze jours lorsque le congé doit être donné à 6 mois ou à 3 mois, et de huit jours seulement quand le congé peut être signifié à six semaines de date.

Au reste, le délai supplémentaire est de pure faveur; il ne compte pas dans le calcul des époques de congé; en droit strict, il n'est pas dû; c'est seulement une grâce qu'on accorde à un locataire embarrassé pour déménager et s'emménager. Il ne pourrait être demandé et obtenu par celui qui trouverait vide l'appartement dans lequel il doit entrer (20).

421. Ce délai n'entraîne pas de supplément de prix, sauf convention contraire (21).

422. La preuve du congé doit être écrite. Quand elle est déniée (22), on ne reçoit pas de preuve testimoniale à cet égard, quand même il s'agirait d'une somme inférieure à 150 fr. C'est la conséquence logique de l'article 1715 du Code civil (23).

Il peut être donné par voie amiable ou par acte

---

(1) Art. 257.
(2) Art. 274.
(3) Art. 202.
(4) Dict. de droit normand, vo *Bail*, no 3.
(5) Art. 2 de la cout. de Saint-Flour.
(6) Art. 1 de la cout. d'Aurillac.
(7) Duparc-Poullain, *sur Bretagne*, art. 182.
(8) Cottereau, nos 3346 et suiv.
(9) Auroux, sur l'art. 124.
(10) Art. 44 de la cout. Arrêt de la cour de Bordeaux, du 16 juin 1829 (D., 29, 2, 205).
(11) Savenet, sur l'art. 186 de la cout.
(12) Arrêt de la cour de Nancy, du 12 juillet 1833 (Recueil des arrêts de cette cour, t. 1, p. 42).
(13) Bourjon, t. 2, *De location verbale*, no 13, p. 86.
(14) Recueil des arrêts de cette cour, t. 1, p. 42.
(15) Bourjon, *loc. cit.*
(16) M. Curasson, *Compétence des juges de paix*, p. 288, no 28, M. Pigeau, t. 2, p. 415. M. Duvergier, t. 2, no 64.
(17) Loisel, liv. 3, ch. 6, art. 11, et Delaurière.
(18) T. 12, art. 29.
(19) Art. 186.
(20) M. Duvergier, t. 2, nos 67 et 68. *Contrà*, M. Duranton, *Louage*, no 167.
(21) M. Durant., *loc. cit.*
(22) Denizart, vo *Bail*. M. Curasson, *loc. cit.*, § 4.
(23) Toullier, t. 9, no 34. Curasson, p. 289, no 29. M. Duvergier, t. 1, no 489. *Cassat.*, 12 mars 1816 (Dall., *Louage*, p. 912; in-8o, t. 19, p. 9, et Sirey, 16, 1, 167). *Corse*, 15 novembre 1826 S., 27, 2, 139. D., 27, 2, 134). Lorsqu'un immeuble affermé appartient à plusieurs propriétaires par indivis, le congé ne peut être donné par un seul pour tous.

La circonstance que le copropriétaire auteur du congé gérait seul la chose commune, et celle que la cession qui a réuni dans sa personne toute la propriété était présomptivement connue du fermier, ne dispensent pas de la nécessité de la signification légale du contrat de cession. Ainsi le fermier est recevable à contester la validité du congé, à défaut de la signification du

d'huissier. Dans le premier cas, il résulte de la correspondance des parties, ou même de la quittance du loyer dans laquelle la partie qui veut résilier a inséré la déclaration de sa volonté.

Ici, cependant, on a équivoqué, et nous devons lever des doutes soulevés par la controverse.

423. On a dit d'abord que le congé n'était valable qu'autant qu'il était accepté; qu'autrement celui qui l'a donné doit se pourvoir en justice pour faire prononcer sa validité (1); mais cette opinion va beaucoup trop loin, et on la formule en termes trop absolus. Sans doute, si la partie à laquelle le congé est donné refuse de concourir à la preuve écrite de l'avertissement: si, par exemple, on a à craindre que l'écrit qui le contient, ne disparaisse entre ses mains et qu'elle ne veuille pas en accuser réception, il sera nécessaire d'aller en justice. Mais si elle accuse réception du congé, sans toutefois vouloir l'approuver ni l'accepter parce qu'elle croit avoir des moyens de le combattre au fond, le défaut d'acceptation ne nuira pas à la forme. Le congé, quoique répudié, n'en aura pas moins sous ce rapport toute sa perfection; car, comme le dit très-bien M. Curasson, il ne s'agit pas ici de la résolution d'un contrat, laquelle doit être consentie comme le contrat même qui fait la loi des parties (2). Le congé n'est pas un acte synallagmatique; il n'est que l'exercice d'une faculté réservée par le bail. Chaque partie a le droit d'en user sans le consentement et même contre le gré de l'autre (3).

424. Je conçois cependant qu'une chose puisse arriver.

Je donne congé à mon propriétaire qui déclare ne vouloir l'accepter, ou bien qui ne fait aucune réponse à l'écrit par lequel, en lui manifestant ma volonté, *je lui demandais de me faire connaître la sienne.* Dans cet état, il m'est permis de me rétracter; je peux revenir sur une volonté ambulatoire de ma part, puisque mon adversaire n'a pas voulu en tenir compte. Et c'est ce qui a été jugé avec raison par arrêt de la cour de Caen du 26 janvier 1824 (4); mais même en ce sens, il ne faudra pas dire que le congé doit être accepté. Ce serait dépasser les limites du vrai. Il suffit que le congé ne soit pas répudié pour qu'il soit censé accepté. Ce n'est que lorsqu'il y a refus ou obstination affectée à ne pas s'expliquer, que l'auteur de l'avertissement a le droit de s'en désister.

425. On a été plus loin, et l'on a soutenu que le congé doit être fait double (5); dès lors, le congé donné par le propriétaire ou le locataire, dans la quittance des loyers, serait inefficace contre la partie qui n'a pas en main un double de la pièce! Mais c'est là une erreur dont voici la réfutation.

Deux hypothèses se présentent.

D'abord, supposons que Pierre, propriétaire, donne congé à Paul dans la quittance qu'il remet entre ses mains. Peut-on dire que Paul est maître de supprimer la preuve de ce fait, et qu'ainsi son adversaire reste à sa merci? Non; car si Paul refuse la représentation de la quittance à Pierre qui l'exige, il autorise celui-ci à réclamer de lui un second payement. Il y a donc là un lien de droit réciproque qui fait militer de part et d'autre la validité d'un tel congé (6).

Et puis, qu'importerait en définitive l'imprudence de Pierre qui n'aurait pas pris ses précautions, et se serait livré à son adversaire?

Enfin, de deux choses l'une, ou la quittance est représentée ou elle ne l'est pas.

Si elle est représentée, sera-ce à Pierre à se plaindre?

Si elle ne l'est pas, de qui pourra-t-il se plaindre si ce n'est de lui-même?

Renversons maintenant l'hypothèse, et supposons que ce soit le locataire qui, donnant congé, ait fait consigner dans la quittance qui lui est remise la preuve de l'avertissement. Est-ce que l'on prétendra sérieusement que le propriétaire à qui cette quittance sera représentée comme preuve de la résiliation du bail, sera fondé à soutenir qu'elle est nulle parce qu'elle n'est pas double? Eh! quelle est donc la loi qui exige cette formalité? S'agit-il ici d'un acte synallagmatique? Tout ne vient-il pas aboutir au contraire à la preuve de la volonté d'une des parties manifestée en temps utile? Et qu'importe, dès lors, que cette preuve soit renfermée dans un écrit ayant telle ou telle forme, pourvu que la volonté de résilier en ressorte d'une manière patente (7)? L'arrêt de la cour de Caen du 26 janvier 1824, que M. Duvergier cite à l'appui de l'opinion contraire, est rendu dans une espèce toute différente (8), et ne décide rien contre celle que j'embrasse ici.

426. Le congé non amiable se fait par ministère d'huissier. Autrefois ce congé était donné par exploit avec assignation pour le voir déclarer valable (9). Mais comme l'obtention d'un jugement coûtait des frais qui égalaient ou excédaient quelquefois le loyer, on établit, plusieurs années avant la révolution, qu'un simple congé suffirait (10), et cet usage est partout adopté.

427. Lorsque le domaine affermé appartient à plusieurs propriétaires par indivis, le congé, donné par un seul, est valable, si, du reste, celui de qui il émane est censé avoir agi pour le compte de ses copropriétaires et avec leur assentiment. On présume facilement ce mandat tacite lorsqu'il a administré seul le domaine pendant toute la durée du bail, et que le fermier n'a eu de rapports qu'avec lui pour tout ce qui concerne la gestion et la jouissance (11).

---

contrat d'acquisition. (31 déc. 1807, C. de Bruxelles; Déc. not., t. 17, p. 289.)

La circonstance que, dans un congé où le requérant déclare qu'il entend ne plus consentir à tacite réconduction et résilier tout bail que pourrait avoir le défendeur, une date aurait été erronément indiquée comme l'époque de l'expiration du bail et de la sortie du locataire ne peut avoir pour effet de rendre ce congé nul; la nullité ne frappe que sur le terme du bail mal indiqué. (18 février 1835, C. de Brux.; Jur. de Belg., 1835, 2, 357.) (*Édit. belge.*)

(1) M. Duranton, *Louage*, n° 122.

(2) P. 289.

(3) *Junge* M. Duvergier, t. 1, n° 493, et M. Zachariæ, t. 3, p. 25.

(4) Dalloz, *Louage*, p. 912, note; in-8° t. 19, p. 10. Il me semble que M. Duvergier n'a pas donné à cet arrêt son véritable sens (t. 1, n° 492). *Infr.*, n° 425.

(5) Nouveau Denizart. Bourjon, t. 2, p. 64, n° 8. M. Duvergier, t. 1, n° 492.

(6) Bourjon convient qu'on le jugeait ainsi au Châtelet.

(7) *Junge* M. Curasson, p. 289.

(8) *Supr.*, n° 424.

(9) Bourjon, t. 2, p. 46, n° 8.

(10) Pigeau, t. 2, p. 413.

(11) Cassat., 25 pluviôse an XII (Répert., v° *Congé*, p. 817; in-8°, t. 6, p. 7). Douai, 6 février 1828 (D., 28, 2, 165). Le bail d'une maison appartenant par indivis à plusieurs propriétaires ne peut être invoqué comme titre pour se maintenir dans la jouissance de l'objet loué, s'il n'a pas été consenti par tous. (6 août 1835, C. de Liége; Jur. de Belg., 1836, 2, 176.) (*Édit. belge.*)

428. Mais, hors ce cas, le congé signifié par l'un des copropriétaires indivis, sans l'assentiment des autres, ne ferait pas cesser le bail. La jouissance du preneur est indivisible; l'un des bailleurs ne saurait la scinder à son préjudice. Quand le locataire a loué un appartement, ce n'est pas pour l'occuper en partie et par fractions. Il faut donc que tous les bailleurs s'entendent dans une volonté commune pour mettre fin à un bail formé par leur commun consentement (1).

429. Prenons maintenant la thèse inverse, et supposons que plusieurs preneurs occupent la chose par indivis, et que c'est de leur côté que vient le congé.

Si les preneurs sont solidaires entre eux, le congé donné par l'un deux, pour ce qui le concerne, est évidemment insuffisant. La réunion et le consentement de tous les cofermiers sont indispensables pour mettre fin à un bail pris sous une obligation solidaire (2).

Mais si la solidarité n'existe pas, je crois que chaque preneur pourra donner congé pour sa part et portion. Il arrivera alors ou que le propriétaire, voyant s'éloigner un de ceux qu'il avait entendu avoir pour obligés, ne voudra pas laisser subsister le bail avec les autres; ou bien qu'il les laissera en jouissance, ce qui sera un nouveau bail tacitement consenti (3).

430. Nous nous sommes assez étendu sur la cessation du bail sans terme fixe.

Revenons maintenant sur les baux passés avec l'indication d'un terme convenu ou sous-entendu. Nous avons dit, avec les art. 1737 et 1775, que l'échéance de ce terme les fait expirer de plein droit et sans qu'il soit besoin de donner congé (4).

Mais prenons garde de ne pas confondre avec le terme final du bail, les différentes époques auxquelles chaque partie peut le résilier, en vertu de la convention. « Ainsi, dit très-bien M. Delvincourt (5), il est d'usage de faire à Paris (et cet usage existe ailleurs) des baux de 3, 6, 9 années. Mais ces baux sont vraiment des baux de 9 ans, qui contiennent la faculté, en faveur de chacune des parties, de le résilier à l'expiration des 3 ou 6 premières années, après avoir donné congé dans les délais d'usage. En conséquence, ces baux ne cessent de plein droit qu'à l'expiration de la neuvième année. »

431. Lorsqu'il s'élève des contestations sur la validité des congés, elles doivent être portées devant les tribunaux compétents. Les juges de paix connaissent des congés lorsque les locations verbales ou par écrit n'excèdent pas annuellement, à Paris, 400 fr., et 200 fr. partout ailleurs (6)! La sentence est toujours susceptible d'appel; car la demande est indéterminée; elle frappe sur la jouissance de la chose louée (7).

432. Maintenant voilà le bail expiré, soit de plein droit, soit après un congé signifié.

Mais il peut arriver que le preneur reste en jouissance; d'un autre côté, l'expérience prouve tous les jours combien il est difficile à un bailleur de se défaire des mauvais locataires, qui ne veulent ni payer ni vider les lieux.

433. De deux choses l'une : ou le preneur est laissé en possession par le bailleur, et alors s'opère une tacite réconduction, dont les effets sont déterminés par les art. 1738, 1739 et 1740, que nous expliquerons tout à l'heure.

434. Ou bien le bailleur veut obtenir l'expulsion du preneur et faire cesser sa jouissance ; alors il l'assigne devant le tribunal compétent (8). Le juge ordonne l'expulsion dans un bref délai, passé lequel le propriétaire demeure autorisé à faire procéder à l'évacuation, en faisant jeter, au besoin, les meubles sur le carreau, par le ministère d'un huissier (9).

435. Mais ce procédé est dispendieux, et il faut qu'un propriétaire, déjà exposé à perdre tous ses loyers, fasse encore des frais pour avoir la liberté de la chose qui lui appartient!

Il y a un procédé plus expéditif, plus économique et non moins légal. C'est d'enlever les portes et les fenêtres de l'appartement en présence d'un huissier requis. Cet usage, pratiqué dans plusieurs de nos provinces, remonte à l'antiquité la plus reculée; les anciennes coutumes l'autorisaient. On le retrouve en Écosse, dans ce pays où règne au plus haut degré un esprit pacifique et moral. « On commence, dit Walter Scott, à enlever le toit des chaumières et à jeter « par terre les portes et fenêtres, *mode d'expulsion « très-sommaire, très-efficace, et qui* EST ENCORE EN « USAGE *dans quelques parties de l'Écosse, quand un « fermier se montre réfractaire* (10). »

Je sais que plusieurs jurisconsultes respectables condamnent cette pratique. Il y en a qui vont même jusqu'à la considérer comme tellement illégale qu'elle pourrait exposer le bailleur à des dommages et intérêts envers le locataire (11). M. E. Troplong, mon frère, membre du conseil de l'ordre des avocats de la cour royale de Bordeaux, m'a assuré « qu'il y avait « plus de cent jugements du tribunal de cette ville, qui « ont décidé que, même dans le cas de non-payement

(1) M. Curasson, p. 291, n° 31.

(2) Arrêt exprès de cassation, portant cassation d'un arrêt de la cour de Nîmes, 19 avril 1831 (D., 31, 1, 143).

(3) M. Curasson, *loc. cit.*, p. 290, n° 30.

(4) *Supr.*, n°s 403, 408.

(5) T. 3, p. 176, notes; in-8°, t. 7, p. 231. Quoique dans un bail de 3 ou 6 ans le locataire ait la faculté de faire cesser le bail à l'expiration de chaque période de 3 ans, la location ne cesse pas de plein droit. L'art. 1737 n'est pas ici applicable. (31 mars 1814, 6 nov. 1823, C. de Brux.; Arrêts not., t. 8, 2, 61. Jur. de Belg., 1824, 1, 295; 1814, 2, 193.)

La clause par laquelle il est dit que le propriétaire donne à bail pour 3, 6 ou 9 ans, n'a d'effet dans la jurisprudence de Flandre qu'en faveur du fermier. (19 germinal an XIII, C. de Brux.; Décis. not., t. 8, p. 280.) (*Édit. belge.*)

(6) Art. 3 de la loi française du 12 mai 1838. Sur ce point il faut consulter la loi belge du 5 octobre 1833. Pasin., 1833, p. 247.

(7) M. Curasson, p. 261, § 1.

(8) Le juge de paix connaît des *expulsions des lieux*, lorsque les locations verbales ou par écrit n'excèdent pas annuellement, à Paris, 400 fr., et 200 fr. partout ailleurs (loi française du 25 mai 1838, art. 3). Mais la décision est toujours soumise à l'appel (V. *supr.*, n° 431. La loi belge du 5 octobre 1833 (Pasinomie, 1833, p. 247) contient sur cette matière des principes nouveaux, dans le but de faciliter et d'abréger cette procédure.

Le locataire qui a joui paisiblement du bien loué ne peut opposer à la demande en expulsion formée contre lui par le bailleur, que celui-ci ne serait pas propriétaire des biens loués. (31 mai 1827, C. de Brux., 20 nov. 1835, C. de Liége; Jur. de Belg., 1827, 2, 95; 1835, 2, 291; 1837, 2, 185.)

Ce n'est pas au propriétaire à prouver que le preneur, dont le bail à ferme a expiré, a eu et conserve la jouissance d'une pièce de terre comprise dans une plus grande quantité qui lui a été donnée en location; mais c'est au preneur à désigner sur les lieux, dans les anciennes limites, la pièce de terre dont on lui conteste la délivrance. (4 déc. 1816, C. de Brux.; Jur. de Belg., 1816, 2, 190.) (*Édit. belge.*)

(9) M. Pigeau, t. 2, p. 415. M. Curasson, p. 303, § 7.

(10) *Guy Mannering*, chap. 8 (Fauconpr., p. 61).

(11) M. Curasson, p. 303.

« très-prolongé, le bailleur n'a pas le droit de trou-
« bler le locataire par enlèvement de contrevents,
« d'escalier, de toiture, etc., etc. »

Pour moi, je crois que ces scrupules sont exagérés et tiennent à un abus de cette règle, si souvent faussée et mal comprise, *que nul ne peut se faire justice à soi-même*.

436. Posons d'abord la question d'une manière nette et précise.

Je suppose que le bail est arrivé légalement à sa fin, soit par l'expiration du terme convenu, soit par un congé valable. Que si le bail n'avait pas cessé par l'un de ces moyens, et que le propriétaire voulût le rompre de sa pleine autorité en mettant le locataire à la porte avec des voies de fait et en jetant ses meubles et effets sur le carreau, j'accorde sans difficulté qu'il serait répréhensible et passible de dommages et intérêts (1). Par là j'écarte tout d'abord un arrêt de la cour royale de Bordeaux, du 30 avril 1833 (2). Dans l'espèce, le bail était verbal et aucun congé n'avait été signifié. La location n'était donc pas encore expirée, et rien par conséquent ne pouvait excuser l'expulsion violente et sans forme de justice du locataire.

D'ailleurs, la violence s'était adressée à la personne du preneur; il avait été expulsé de force avec ses meubles, et je veux bien aller jusqu'à concéder que, sous ce nouveau rapport et alors même que le bail eût été fini, le propriétaire dépassait son droit.

Il est vrai que je pourrais trouver des précédents respectables pour autoriser son procédé. Je lis dans Bouchel (3) : « En fin de temps, un locateur voyant
« qu'*après le temps du louage passé*, son conducteur,
« malgré lui, vouloit tenir sa maison, après plusieurs
« sommations et actes pris de son contredict, *se met*
« *et entre de sa propre autorité* en sa maison, et
« prend un notaire et témoins, et en leur présence
« met hors tout le meuble de son conducteur, qu'il
« fait inventorier. Le conducteur se plaint. Le maître
« gagne sa cause aux grands jours de Tours, contre
« l'opinion de Balde. »

Quelque précise, quelque imposante que soit cette autorité, je ne refuse pas cependant d'en faire le sacrifice. Par une concession qui prouvera jusqu'où va ma réserve pour le droit d'autrui, j'accorde que ce propriétaire aurait dû être condamné pour avoir jeté dehors la personne du locataire, et mis de son autorité ses meubles sur le carreau.

Mais la position que j'examine ici est bien différente. D'une part, le bail a cessé; de l'autre, le locateur n'essaye pas d'attenter à la personne et aux meubles du locataire. Il ne fait acte de disposition que sur sa propre chose. Quelle est donc alors la loi qui défend au propriétaire d'user à sa volonté de son immeuble devenu libre?

437. Aussi, un arrêt de la cour de Nancy, du 7 août 1834 (4), a-t-il jugé, avec grande raison, à mon avis, qu'il est maître de faire enlever les clôtures.

« Considérant qu'il est convenu entre les parties que Franconnet a donné en temps utile à Toussard, son locataire, un congé verbal qui a mis ce dernier en demeure de vider les lieux à l'expiration du bail, arrivant le 1er juin 1834;

« Que ce congé verbal, n'étant pas contesté, équivaut de tout point à un congé signifié; les actes écrits n'étant nécessaires que pour la preuve, et étant inutiles lorsque les faits sont contradictoirement avoués;

« Que si Franconnet n'a pris les mesures nécessaires pour faire sortir son locataire que douze jours après la fin du bail, on ne peut voir dans cette circonstance une présomption que ce propriétaire avait renoncé à son droit et consenti à une réconduction tacite; qu'on ne peut, en effet, tourner contre Franconnet sa tolérance pour donner à Toussard le temps de remplir ses engagements.

« Considérant que, ceci étant admis, il en résulte que l'appartement précédemment loué à Toussard est devenu libre dès le 1er juin 1834, dans les mains de Franconnet; qu'aucun droit rival ne limitait plus le droit de propriété de celui-ci, et qu'en conséquence il était maître de se servir de la chose de la manière qu'il entendait; qu'en faisant enlever les portes, fenêtres, gonds et clôtures de l'appartement en question, il n'a fait qu'user du droit de propriété devenu plein et absolu; que ces actes, loin de devoir être considérés comme des voies de fait répréhensibles, ne sont, au contraire, que l'exercice légitime d'une faculté qui prend sa force dans le droit de propriété lui-même; que l'intention de Toussard, persistant à rester frauduleusement dans une maison dont il n'a jamais songé à se prétendre propriétaire et dont il n'avait pas la possession annale *animo domini*, ne peut changer la position de Franconnet, ayant tout à la fois la propriété et la possession de la chose; que si l'enlèvement des clôtures a pu causer quelque dommage aux meubles de Toussard, il ne peut s'en prendre qu'à son obstination à occuper l'appartement d'autrui.

« Considérant que, d'ailleurs, il est certain que celui qui cumule sur sa tête la propriété et la possession est autorisé par la jurisprudence de tous les temps à repousser par des voies de fait (pourvu qu'elles ne soient pas accompagnées de coups et violences contre les personnes), les atteintes qu'on voudrait apporter à son droit par une détention répréhensible et injuste (5).

« Par ces motifs, etc., etc. »

Voilà un arrêt qui parle net et qui aborde ouvertement les difficultés. Il n'a pas besoin de commentaires et de soutenements. Cependant quelques explications pourront en faire ressortir les bases.

438. Il y a un vieux proverbe de droit qui dit : *le locataire doit être tenu clos et couvert* (6); mais que devient l'obligation quand il n'y a plus ni bailleur ni locataire? Celui qui était locataire en d'autres temps et qui a cessé de l'être aujourd'hui, n'est désormais qu'un usurpateur qui est censé user de violence lorsqu'il empêche le propriétaire de rentrer dans son bien (7). Il n'est digne d'aucune indulgence.

Maintenant, comment le propriétaire lui répond-il? est-ce par des violences contre sa personne? va-t-il le saisir de force et le jeter dehors? est ce une lutte corps à corps pour s'emparer du champ de bataille les armes à la main? non! La personne est respectée; c'est à la chose seule que le propriétaire s'en prend. Et quelle chose? est-ce celle du locataire? du tout; cette chose est celle du propriétaire lui-même; nul n'y a droit que lui! Personne, au reste, ne soutient y avoir des droits, et l'ancien locataire ne songe pas à

(1) V. l'art. 1741.
(2) Recueil des arrêts de cette cour (1833, p. 309).
(3) Biblioth. du droit français, v° *Louage*.
(4) Deuxième chambre (inédit).
(5) V. en effet, au Répert. de M. Merlin, l'article si remarquable de M. Lanjuinais, v° *Voies de fait*.
(6) Loisel, liv. 3, t. 6, n° 4.
(7) Legrand, sur Troyes, p. 333, n° 74.

alléguer l'ombre d'une prétention pour motiver son séjour prolongé.

Ainsi, faisons-y bien attention ! il n'est nullement question d'exécuter la personne du preneur ou ses biens, de faire saisir et arrêter ses meubles, de les déplacer, etc., etc. C'est un propriétaire qui, maître chez lui, veut agir en maître sur sa propre chose !

On préférerait que le propriétaire prît une sentence et fît mettre par autorité de justice les meubles sur le carreau. Je ne dis pas que cela ne se puisse faire ; mais apparemment que ce n'est pas par humanité qu'on invoque ce procédé ; car, dans l'intérêt du saisi, j'aime encore mieux voir ses meubles dans un appartement sans portes ni fenêtres que dans la rue et *sub Jove*. Dans l'intérêt du propriétaire, il y a quelques frais de moins.

439. Les coutumes françaises n'étaient pas si timorées. Écoutons d'abord un célèbre jurisconsulte dauphinois, Guy-Pape. « Locavi tibi domum meam « ad duos annos. Numquid, *finitis dictis duobus an-* « *nis*, POSSUM TIBI DOMUM MEAM CLAUDERE? Baldus « dicit quod sic. Et ità, DE ANTIQUA CONSUETUDINE « SERVATUR IN HAC CIVITATE GRATIANOPOLIS (1). » Même décision dans la coutume d'Aurillac (haut pays d'Auvergne) (2).

Et en effet, une fois que le droit de propriété est rentré dans sa plénitude, rien ne l'empêche de s'exercer librement. Quand il n'est limité par aucun droit rival de copropriété ou de possession, il peut se mouvoir sans limites dans sa propre enceinte. *Jus utendi et abutendi*.

440. Il y avait dans notre ancienne jurisprudence féodale un droit qu'il ne faut pas confondre avec celui-là. C'était celui du seigneur censier, de défoncer et mettre hors des gonds la porte et les fenêtres de la maison tenue en censive, jusqu'à ce que les cens et profits de mutation eussent été payés par le redevable. Quand les portes étaient dépendues, on les mettait en travers, afin de barrer le passage et l'entrée au retardataire. On *obstaclait* la maison, comme on disait alors.

C'était une espèce de saisie ; la chose se trouvait placée sous la main du seigneur, et le tenancier ne pouvait en user en présence de cet obstacle, signe manifeste d'un droit supérieur qui venait s'interposer. Il y a des marques de cet usage dans nos plus anciens terriers et particulièrement dans les provinces de Berry et d'Orléanais (3). Le grand coutumier dit, en effet : « Le chief seigneur, pour cause de son fonds non « payé, *peut mettre l'huys des censiers* A TRAVERS. » Pour recourir à cette mesure d'exécution, il n'était pas nécessaire d'être seigneur justicier ; elle appartenait à tout seigneur quelconque. Comme le dit Coquille, « c'est une espèce de *justice domaniale*, c'est « la marque et témoignage que le seigneur censier a « été *autrefois seigneur de la pleine propriété*, et qu'en « faisant le bail (de censive) il s'est retenu ce droit, « *qui est comme d'injection de main*. Ce droit ne pro- « cède pas de simple convenance où l'autorité du juge « est requise. Mais ici le droit d'injection de main a « son origine de la concession, bail et tradition de « la chose, en faisant laquelle il est loisible à chacun « de se réserver tel droit qu'il veut en la même chose. « En d'autres provinces, *est une espèce de justice in-* « *férieure qui s'appelle censière*. Mantes (4), Reims (5), « Orléans (6) sont aucunement correspondants à cet « article et disent que le seigneur censier est réputé « avoir justice foncière (7). »

On voit qu'il s'agit ici d'une vraie saisie ; non pas que le seigneur veuille réunir la chose à son domaine et la posséder ; il veut seulement la tenir empêchée et *obstaclée*, afin que le censitaire ne puisse en jouir ni en percevoir les fruits (8).

Cet usage, consacré par le droit commun de la France (9), comme je viens de le dire, se perdit peu à peu dans la plupart des coutumes. Il se perpétua cependant dans l'Orléanais (10) et le Nivernais, etc., etc. (11) ; il était encore pratiqué du temps de Pothier (12).

441. On aperçoit, du reste, qu'il impliquait une sorte de droit d'exécution qui, sous l'empire de nos lois modernes, ne saurait appartenir à aucun particulier. Le seigneur saisissait *la chose d'autrui* ; car l'immeuble tenu en censive était la propriété patrimoniale du censitaire ; il la séquestrait par forme de contrainte et de peine ; il en opérait la gagerie par autorité privée (13). C'est donc avec raison que Brodeau disait que c'était *une exécution réelle* et *un exploit domanial* (14). On a vu Coquille exprimer la même idée.

442. Mais, dans notre espèce, il s'agit de tout autre chose. Le bailleur n'entend exécuter ni la personne ni les biens du locataire. Est-ce l'immeuble de ce dernier qu'il veut saisir? non! Il ne s'adresse qu'à une chose dont lui, bailleur, est propriétaire. Voilà donc une différence capitale, immense, qui écarte toute idée de se faire justice à soi-même, toute ressemblance avec cette espèce de justice domaniale et censière dont parlaient nos auteurs coutumiers.

Et sous quel rapport y aurait-il empiétement du bailleur sur l'autorité publique? Veut-il, par exemple, obtenir une résolution du bail? non certes. Le bail est déjà résolu, effacé ! Est-ce au locataire qu'il s'adresse pour obtenir par contrainte le payement de ce qu'il doit? non encore ; car il laisse sa personne à l'écart ; aucune action personnelle n'est intentée. Il n'en veut pas davantage à ses meubles. Sa pensée n'est ni de les vendre, ni de les déplacer, ni de les séquestrer ! Sur quoi donc roule la contestation? car enfin, pour dire qu'on se fait justice à soi même, il faut qu'il y ait lutte de prétentions opposées. Or, le refractaire ne dit pas que la maison lui appartient ; il ne dit pas qu'il en est locataire ; il ne dit pas qu'à un titre ou à un autre il doit en avoir la possession ! En un mot, il ne conteste sur rien ! Pourquoi donc le propriétaire serait-il empêché de se servir de sa chose à son bon plaisir, puisqu'aucun droit collatéral ne vient s'appesantir sur elle?

Quant à moi, je ne vois pas de raison pour lier les mains au propriétaire. Il y a une célèbre maxime du droit romain : *Nemo damnum dat qui jure suo utitur*. Si elle n'est pas applicable ici, elle ne le sera jamais, et il faudra l'effacer du code de la raison.

(1) Décis., 480, n° 1. *Junge* le président Boyer (Boerius), cons. 13, nos 16 et 17, d'après Bartole sur la loi *Ædem*, C. *De loc.*, et Alexandre (cons. 106).

(2) Art. 2. V. aussi Legrand, sur Troyes, p. 333, n° 74.

(3) Brodeau, *sur Paris*, art. 86.

(4) Art. 74.

(5) Art. 144.

(6) Art. 103.

(7) Sur Nivernais, t. 5, art. 16.

(8) Pothier, sur Orléans, art. 103.

(9) V. les anciennes coutumes de Melun, art. 131, et de Sens, art. 242.

(10) Art. 115.

(11) T. 5, art. 16.

(12) Sur Orléans, art 125.

(13) Delaurine, *sur Paris*, t. 8, préface.

(14) *Loc. cit. Junge* Loyseau, *Déguerp.*, liv. 3, ch. 1, n° 31.

Article 1738.

Si, à l'expiration des baux écrits, le preneur reste et est laissé en possession, il s'opère un nouveau bail dont l'effet est réglé par l'article relatif aux locations faites sans écrit.

Article 1739.

Lorsqu'il y a un congé signifié, le preneur, quoiqu'il ait continué sa jouissance, ne peut invoquer la tacite réconduction.

Article 1740.

Dans le cas des deux articles précédents, la caution donnée pour le bail ne s'étend pas aux obligations résultant de la prolongation.

SOMMAIRE.

DE LA TACITE RÉCONDUCTION.

COMMENTAIRE.

443. Nous entrons dans la matière de la tacite réconduction, qui s'opère lorsque, à l'expiration des baux, le preneur est laissé en possession par le bailleur. La loi suppose que les deux parties ont eu l'intention de continuer la location, et il se forme dès lors entre elles un nouvel engagement entièrement conforme au premier quant aux conditions, mais sans terme comme sans écrit, et sans que les hypothèques et l'engagement des cautions, s'il y en a, continuent. Du reste, cette tacite réconduction n'aurait pas lieu, quoique le preneur eût joui quelque temps au delà du terme de son bail, si le bailleur, par un congé ou par une sommation de sortie signifiés à ce terme, avait déclaré sa volonté. J'ai emprunté à M. Mouricault ce résumé des art. 1738, 1739, 1740 (1).

444. La tacite réconduction avait lieu aussi dans l'ancienne jurisprudence (2), qui l'avait empruntée au droit romain (3). Les jurisconsultes de Rome l'avaient puisée dans cette idée simple et vraie, que le louage, étant un contrat qui ne requiert aucune solennité, peut se former par un consentement tacite du bailleur et du preneur (4). Or, d'une part, le preneur, par sa jouissance continuée, manifeste l'intention d'occuper les lieux comme locataire; de l'autre, le bailleur, par sa tolérance et son acquiescement, est présumé donner son consentement à ce nouveau bail (5). Telle était, en droit romain et dans notre ancienne jurisprudence, le double fondement de la tacite réconduction. Je suis étonné que M. Treilhard, esprit juste et vigoureux, ait pensé qu'elle *ne s'opérait que par le seul fait du preneur* (6).

Quoi qu'il en soit, l'assemblée constituante l'avait abolie pour les biens de campagne (7). Elle s'était déterminée à ce parti à cause des difficultés et des sur-

---

(1) Fenet, t. 14, p. 330. Locré, t. 7, p. 201, n° 10. V. *infr.*, art. 1759, ce qui a trait à la réconduction des maisons.

(2) Lille, art. 10, ch. 5. Montargis, art. 5, ch. 18. Orléans, art. 420. Sens, art. 285. Bourbonnais, art. 124. Châlons, art. 274. Reims, art. 388, 390. Loisel, liv. 3, t. 6, art. 10.

(3) *Ulpien*, l. 14, D. *Loc. cond.*; l. 13, § dernier, même titre.

(4) Favre, *Ration.*, sur la loi 14, D. *Loc. cond.*

(5) Id. V. *infr.*, n° 453.

(6) Discussion au conseil d'État. Fenet, t. 14, p. 240. Locré, t. 7, p. 162, n° 18.

(7) Art. 4, sect. 2, t. 1, loi du 28 septembre 1791.

prises (peut-être beaucoup trop exagérées) auxquelles la tacite reconduction peut quelquefois donner lieu.

445. Mais les rédacteurs du Code civil pensèrent que, dans un système qui donnait place au bail non écrit, il était impossible de rejeter la tacite reconduction. Comment ne pas reconnaître qu'un bail nouveau s'est formé lorsque toutes choses demeurent en état entre le preneur et le bailleur (1)!

Quelques cours d'appel cependant élevèrent la voix, mais sans une vive instance, en faveur de l'ouvrage de l'assemblée constituante (2). Il trouva un défenseur plus ardent dans le sein même du conseil d'État, ce fut M. Tronchet (3). Les raisons qu'il développa sont si faibles, qu'il ne faut pas s'étonner de les voir repoussées par la grande majorité du conseil. A entendre M. Tronchet, il eût semblé que quelques actes frauduleux et presque clandestins suffisaient, dans l'esprit du projet de loi, pour faire présumer un bail nouveau; bail toujours préjudiciable au propriétaire et favorable à la mauvaise foi (4) du preneur! C'était mal comprendre la portée de l'art. 1738. M. Treilhard fit observer, avec cette précision qui caractérise son esprit, que cet article supposait non-seulement que *le fermier restait en possession, mais encore qu'il y était laissé!* « Il est certain, ajoutait-il, que *si, au vu et* « *su du propriétaire*, et *non d'une manière furtive*, « le preneur a continué d'exploiter, il s'est formé en- « tre eux une convention nouvelle qui fait durer la « location pendant un temps quelconque. »

« Cette possession, disait encore M. Berlier, est un « fait. Or, en faisant abstraction du premier bail, on « ne peut se dispenser d'apercevoir dans les nouveaux « actes possessoires au moins un bail sans écrit, et « l'article en discussion ne pouvait faire moins que « d'assimiler, comme il le fait, l'ancien fermier à celui « qui jouit sans bail écrit (5). »

Ces observations étaient déterminantes.

446. Restait à fixer le temps de possession nécessaire pour faire présumer le consentement réciproque. La cour d'appel de Caen avait demandé un temps de possession de dix jours (6). MM. Bigot et Portalis pensèrent qu'il convenait de s'en rapporter à la sagesse des juges (7). Cependant, pour prévenir toutes les difficultés, et donner une règle non équivoque de conduite, M. Jollivet proposa d'ajouter ces mots : « *est* « *laissé en possession* PENDANT LE TEMPS NÉCESSAIRE « POUR FAIRE PRÉSUMER QU'IL Y A TACITE RÉCONDUCTION, « *il s'opère un nouveau bail*, etc. »

Cette rédaction fut adoptée (8).

Et toutefois, par un oubli inexplicable, elle n'a pas trouvé place dans la rédaction définitive! heureusement que l'art. 1738 reste clair malgré cette omission. Nul ne peut se méprendre sur son but et sa portée.

Lorsque nous expliquerons l'art. 1759, nous parlerons de quelques coutumes qui réglaient la durée de la possession nécessaire pour faire présumer la réconduction; nous rechercherons l'influence de ces usages sous le Code civil. En attendant, il nous suffit de rappeler que la loi s'en est remise à la prudence des magistrats (9).

447. La tacite réconduction n'est pas l'ancien bail qui se prolonge, c'est un nouveau bail qui commence (10).

448. Il suit de là que les cautions du précédent bail ne sont pas tenues des obligations de la reconduction. Car une caution ne peut être engagée par le fait d'autrui, et la sûreté qu'elle a donnée pour tel contrat ne doit pas s'étendre à tel autre.

449. A l'égard des hypothèques que le locataire avait données sur ses biens par le précédent bail, le droit romain les prolongeait sur la tacite réconduction (11), et la raison en était simple; c'est que les parties étant censées avoir fait le nouveau bail avec les mêmes conditions que le précédent, étaient censées être convenues des mêmes hypothèques.

Il en a toujours été autrement en droit français, par une raison non moins palpable; car l'hypothèque doit être contenue chez nous dans un acte muni du sceau de l'autorité publique, et elle ne peut sortir du consentement tacite que forme la réconduction (12).

450. Notez bien cependant que le nouveau bail ne décharge pas le preneur des obligations que le précédent lui avait imposées sous l'hypothèque de ses biens, et que cette hypothèque subsiste tant qu'il n'y a pas satisfait (13).

451. La tacite réconduction ne s'opère pas non plus nécessairement pour le même temps que l'ancien. C'est un bail sans écrit, dont la durée est déterminée par les usages sur le terme de ces sortes de baux. Nous verrons à l'art. 1774 les présomptions de la loi pour les baux de biens ruraux. En commentant les art. 1757 et suiv., nous parlerons de quelques usages locaux sur la durée des baux de biens de ville. C'est à ces dispositions que renvoie l'art. 1738, quand il parle *de l'article relatif aux locations faites sans écrit*.

452. A part ces différences de temps et la non-continuation des cautions et hypothèques, la tacite réconduction est censée faite aux mêmes conditions que le bail précédent. Ainsi le loyer reste le même (14), et les obligations respectives du bailleur et du preneur ne sont pas changées.

Mais l'on ne suppose pas la continuation des clauses extraordinaires, comme contrainte par corps (15).

453. Puisque le principe de la réconduction est le consentement présumé du bailleur et du preneur (16), il suit que si, à l'époque de la continuation de jouissance, le bailleur était dans l'impossibilité

(1) M. Cambacérès (Fenet. t. 14, p. 244). Locré, t. 7, p. 164.

(2) Lyon (Fenet, t. 4, p. 200). Paris (id., t. 5, p. 275).

(3) Fenet, t. 14, p. 240. Locré, t. 7, p. 162, n° 18.

(4) Je me sers de son expression.

(5) Fenet, t. 14, p. 243. Locré, t. 7, p. 163.

(6) Fenet, t. 3, p. 455.

(7) Id., t. 14, p. 244. Locré, t. 7, p. 164. *Infr.*, n° 607.

(8) Id., t. 14, p. 245. Locré, id. — Lorsqu'un fermier a fait, *vers* l'expiration de son bail, les travaux agricoles nécessaires pour la récolte suivante, sans opposition formelle du propriétaire, il ne s'opère point par là un nouveau bail par tacite réconduction. (6 janv. 1823, C. de Brux.; Jur. de Belg., 1823, 1, 134.) (*Édit. belge.*)

(9) Voyez, comme exemples, les arrêts de Pau, de Lyon, dans Dalloz, 1829, 2, 25; 1834, 2, 122.

(10) Ulpien, l. 14, D. *Loc. cond.* Pothier, *sur Orléans*, t. 19, ch. 1, n° 76, et *Louage*, n° 342.

(11) Ulpien, l. 13, § 11, D. *Loc. cond.*

(12) Pothier, *Louage*, n° 366. Ferrières, *sur Paris*, art. 171, glose 1, n° 32.

(13) Pothier, *Louage*, n° 368.

(14) Sens, art. 257. Châlons, art. 274. Bar, art. 202, etc. Loisel, liv. 3, t. 6, art. 10. — La réconduction tacite d'un héritage rural, après l'expiration d'un bail écrit, a lieu aux conditions et au prix compris dans le bail expiré, à l'exception de la durée, qui est réglée par les lois. (18 mai 1827, C. de la Haye; Jur. XIXe siècle, 1827, 3, 203.) (*Édit. belge.*)

(15) Pothier, n° 364.

(16) Lorsque, de plusieurs preneurs solidaires, un seul reste en possession après l'expiration du bail écrit, le bailleur n'est point

d'avoir une volonté, le nouveau bail manquerait d'un de ses éléments, et pécherait par sa base.

Ainsi, si le propriétaire était tombé en démence, et qu'il n'eût pas de curateur; si le bailleur était mort sans qu'il y eût ni héritier ni administrateur de la succession vacante; dans tous ces cas, il n'y aurait pas de locateur avec lequel le locataire pût être présumé avoir fait un contrat tacite de réconduction (1).

Il suit encore de là que la réconduction n'a pas lieu dans les baux qui sont soumis à certaines règles particulières, dans l'intérêt de ceux pour qui ils sont passés, par exemple dans les baux des établissements publics, etc., etc. (2).

454. La réconduction serait repoussée à plus forte raison si le bailleur avait déclaré une intention contraire à la formation d'un nouveau bail (3).

C'est ce qui a lieu quand il a signifié un congé en temps utile (art. 1739) (4).

Ce congé n'est pas nécessairement le même que celui dont parle l'art. 1736. En effet, l'art. 1739 suppose que le bail a été fait avec un terme fixe, et que l'échéance de ce terme l'a fait expirer de plein droit. Or, on sait qu'en pareil cas, un congé n'est pas nécessaire; à quoi servirait-il puisque la fin du bail est assurée par d'autres moyens (1737)? Puis l'art. 1739 suppose que, malgré cette expiration, le preneur a continué sa jouissance. Mais il déclare cette prolongation inefficace si une manifestation de volonté faite en temps opportun lui enlève l'adhésion du bailleur. Cette manifestation, appelée congé par l'art. 1739, n'a donc pas pour but de mettre fin à un bail dont la durée n'aurait pas été réglée, comme dans le cas de l'art. 1736. Il n'est que préventif de la réconduction. C'est à elle seule qu'il s'adresse *par voie d'opposition* (5).

455. Il suit de là qu'il n'est pas assujetti aux délais d'usage que l'on doit observer lorsqu'on donne congé pour résoudre le bail (1736). Il suffit qu'il soit donné assez à temps pour que la jouissance du locateur n'ait pas pris un caractère synallagmatique. Signifié le lendemain de l'expiration du bail, il serait irréprochable; il le serait encore le troisième, le quatrième jour, etc., etc., et même dans la huitaine, qui, dans certaines localités, doit s'écouler sans trouble, pour qu'un nouveau bail soit censé continuer (6).

456. Quoique ce congé ne soit pas nécessairement le même que le congé à fin de résoudre; toutefois celui-ci peut remplir les fonctions de celui-là. Ainsi, dans les baux sans époque fixe, le congé qui est nécessaire pour mettre fin au contrat, empêche par cela même qu'il ne s'en commence un second.

457. Au surplus, celui qui a donné congé pourrait y renoncer, et la possession du preneur, renforcée par cette adhésion, donnerait lieu à une réconduction tacite (7).

458. La forme du congé prohibitif n'est pas sacramentelle. L'art. 1739 parle d'un congé signifié; ce qui suppose un acte d'huissier. C'est la forme qui s'emploie ordinairement pour faire cesser une jouissance indue; mais le congé verbal aurait autant de puissance s'il était avoué (8). Une protestation ou une invitation de quitter les lieux, contenues dans la quittance du dernier terme, produirait le même effet contre le preneur qui la représenterait, et l'on ne pourrait opposer au bailleur une tolérance de quelques jours qu'il aurait accordée au preneur pour trouver un autre logement (9).

459. L'intention de ne pas faire une tacite réconduction peut encore résulter d'une clause du bail qui la prohibe d'avance (10).

Mais le bailleur serait censé y avoir renoncé, s'il avait laissé le preneur en possession pendant un temps prolongé (11).

460. La tacite réconduction n'a pas lieu dans les baux emphytéotiques.

461. Mais elle n'est pas particulière aux baux de maison ou de ferme. Elle trouve place dans les baux de meubles comme dans tous les baux d'immeubles (12); c'est ce qui eût été plus évident encore si l'on eût conservé le classement qui avait présidé à la première rédaction du Code (13). Ainsi, si je loue des meubles pour un an auprès d'un tapissier, et que je continue à

---

en droit de prétendre qu'il y a tacite réconduction à l'égard des autres qui n'ont pas continué à jouir de la chose louée (16 avril 1819, C. de Brux.; Jur. de Belg., 1819, 2, 47). (*Édit. belge.*)

(1) Ulp., l. 4. D. *Loc. cond.* Pothier, *Louage*, n° 345.

(2) Ferrières, sur Paris, art. 171, glose, n° 45. M. Duranton, du *Louage*, n° 171.

(3) Le preneur qui, avant l'expiration d'un bail rural écrit, a refusé de le renouveler moyennant un rendage plus élevé, ne peut invoquer la tacite réconduction, sous le prétexte qu'il aurait été laissé en possession, si d'ailleurs, sur son refus, le bien a été affermé à un autre. Il ne peut pas même, dans ce cas, exercer le droit de rétention pour le remboursement des frais de labour et semences (17 juin 1817, C. de Brux.; Jur. de Belg., 1817, 2, 144.) (*Édit. belge.*)

(4) Le locataire d'un bien auquel un congé a été signifié, et qui, dans une opposition a, par forme de transaction, offert de déguerpir, à une époque intermédiaire entre celle fixée par le congé et celle qu'il prétend être le terme légal de son bail, ne peut prétendre qu'il y a tacite réconduction jusqu'à l'époque sur laquelle porte son offre, par cela seul que le bailleur, loin de répondre de suite à son opposition, l'a laissé en possession et n'a intenté son action en déguerpissement qu'après le terme prescrit par le congé, alors même que le bailleur a fixé l'époque correspondante à celle de l'offre du preneur, pour la mise en jouissance d'un nouvel acquéreur. (13 nov. 1834, C. de Brux.; Jur. de Belg., 1836, 2, 325.)

Le congé signifié par plusieurs des héritiers du bailleur, pour les parties qui leur sont échues en partage, met obstacle à la tacite réconduction pour ces parties, lorsqu'il s'agit de biens qui peuvent être divisément cultivés. (20 avril 1820, C. de Brux.; Jur. de Belg., 1820, 2, 34.) (*Édit. belge.*)

(5) Art. 1759, qui dit : *Sans opposition*.

(6) Orléans, art. 420. Pothier, *Louage*, n° 349. M. Duvergier, t. 1, n° 503.

(7) M. Duvergier, 504.

(8) *Supr.*, arrêt de Nancy, n° 437.

(9) Même arrêt de Nancy.

(10) Pothier, *Louage*, n° 354. La réconduction tacite ne peut s'opérer si elle a été exclue par le bail, encore bien que le fermier soit resté en possession après l'expiration du terme; à moins qu'il ne prouve que le propriétaire a formellement consenti à ce qu'il continuât l'exploitation. (23 août 1811, C. de Liége; Arrêts not., t. 4, 1, p. 129).

Lorsqu'un bail exclusif de la réconduction tacite, a été fait pour trois, six ou neuf ans, et qu'à l'époque fixée pour l'expiration, l'exploitation a continué de fait, il y a lieu d'appliquer les règles du Code relatives aux baux faits sans écrit, nonobstant toutes clauses contraires du premier bail. (5 février 1827, Arrêts not., t. 10, l, p. 319.) (*Édit. belge.*)

(11) Pothier, *Louage*, n° 354. — Lorsqu'un fermier a continué l'exploitation de certaines terres après l'expiration d'un bail écrit, nonobstant la clause y contenue que la tacite réconduction n'aurait pas lieu, il ne peut prétendre qu'il ne doit payer que d'après une expertise, aux termes de l'art. 1716 du Code civil. (30 sept. 1826, C. de Liége; Jurisp. XIXe siècle, 1827, 3, 183.) (*Édit. belge.*)

(12) Pothier, n° 371. *Junge* Répert. v° *Tacite réconduction*, n° 8.

(13) V. *supr.*, n° 103. L'art. 1738 s'appliquait à toutes les sortes de baux.

les garder à la fin de l'année, un nouveau contrat de louage commence; mais le temps n'en sera pas réglé par le premier contrat (1), ou même par la disposition de l'art. 1757 du Code civil; la réconduction n'aura lieu que pour le temps pendant lequel le preneur aura gardé les meubles. Tel est l'usage (2). Ainsi, si un tapissier m'a loué des meubles à 2,400 francs par an, et que, depuis l'expiration du bail, je les aie gardés un mois; si au bout de ce mois je n'en ai plus besoin, je puis les rendre au tapissier, en lui offrant 200 francs pour le temps qu'a duré la tacite réconduction (3). Réciproquement le locateur a le même droit.

Ainsi, il y a une grande différence entre la réconduction des meubles et celle des maisons. Elle vient de ce que la location des meubles peut commencer en tout temps, tandis que celle des maisons ne se fait qu'à certains termes d'usage.

Il y a une autre observation à faire. C'est que, dans le louage des meubles fait sans terme, on ne doit pas donner congé dans un délai déterminé. Les époques des congés n'ont été fixées par les coutumes que pour les baux de maisons, à cause de la difficulté de louer hors des termes. Rien de semblable n'existe pour les locations de meubles; il suffira donc que les parties se préviennent dans un délai raisonnable.

Article 1741.

Le contrat de louage se résout par la perte de la chose louée et par le défaut respectif du bailleur et du preneur de remplir leurs engagements.

SOMMAIRE.

DE LA RÉSOLUTION DU CONTRAT DE LOUAGE.

462. Quelles causes amènent la résolution du bail?
463. Perte de la chose par cas fortuit.
464. Perte par la faute du preneur.
465. Inexécution des engagements respectifs des parties.
466. Répétitions du preneur contre le bailleur.
467. La faillite du preneur n'amène-t-elle pas la résolution du bail?
468. Les créanciers du failli peuvent-ils la demander?

COMMENTAIRE.

462. Nous venons de nous occuper de la cessation du bail par l'expiration du terme ou par congé.

Notre article aborde une seconde cause: c'est la perte de la chose louée, et le défaut respectif du preneur et du bailleur de remplir leurs engagements.

463. La perte de la chose peut avoir lieu par cas fortuit. Nous nous en sommes occupé dans le commentaire de l'art. 1722; elle résout le bail de plein droit.

464. La perte peut aussi avoir lieu par la faute du preneur. Nous avons développé ce point dans le commentaire des art. 1732 et 1733, auquel nous renvoyons (3).

465. Nous avons montré également dans quels cas le bailleur et le preneur manquent à leurs engagements, et quand et comment la résolution opère (5).

J'ai traité aussi de l'application de la maxime *resoluto jure dantis, resolvitur jus accipientis*, aux baux et aux sous-locations (6).

466. Enfin j'ai parlé, au n° 351, des répétitions du preneur contre le bailleur. Nous verrons, à l'article 1760, celles du bailleur contre le preneur (7).

467. On remarquera que notre article ne place pas la faillite parmi les causes de résiliation du bail. Elle ne pourrait, en effet, devenir une cause de rupture qu'autant que le bailleur perdrait toute garantie de payement; car alors elle ferait rentrer les choses dans le cercle de notre article. Il y aurait, de la part du preneur, manquement à l'une des obligations capitales du contrat.

Mais si le failli ou ses représentants offraient une caution suffisante, le bailleur serait sans intérêt à insister sur la résiliation (8).

468. Quant aux créanciers du failli, qui sont tenus d'exécuter les engagements de celui qu'ils représentent, ils n'ont pas qualité pour demander la cessation du bail pour raison de la faillite: ils doivent même l'entretenir (9). (Arg. de l'art. 2102, n° 1, du C. C.)

(1) *Supr.*, n° 451.
(2) L'usage est souverain en cette matière. *Supr.*, n° 451.
(3) Pothier, ib., atteste cet usage.
(4) V., par exemple, n° 391.
(5) V. nos 316, 317, 320, 435, etc. *Infr.*, nos 533 et 620. *Junge* art. 1760. Lorsque le bailleur met sa maison en vente, le locataire est tenu de la laisser voir aux amateurs, alors même que le contrat de bail ne lui impose point cette obligation. 15 nov. 1837, C. de Brux.; Jur. de Belg., 1838, 2, 112. (*Édit. belge.*)
(6) Nos 100, 544 et suiv.
(7) *Infr.*, nos 610, 611, 612.
(8) Arg. des arrêts de la cour de cassation, du 16 décembre 1807 (S., 8, 1, 162), et de la cour de Paris, du 16 août 1825 (S., 26, 2, 34). M. Pardessus, t. 4, n° 1128.
(9) Paris, 23 mars 1833 (S., 34, 2, 122). M. Duvergier, t. 1, n° 538.

Article 1742.

Le contrat de louage n'est point résolu par la mort du bailleur ni par celle du preneur.

SOMMAIRE.

469. La mort de l'une des parties ne résout pas le bail.
470. Ce principe était repoussé par certaines coutumes.
471. *Quid* si la durée du bail a été laissée au bon plaisir de l'une des parties?
472. Cette prolongation du bail en la personne des héritiers du preneur peut être désavantageuse au bailleur.
L'art. 1742 s'applique-t-il au bail à colonage partiaire? Renvoi.

COMMENTAIRE.

469. Le bail n'est pas rompu par la mort des parties, à moins de conventions contraires. Ce contrat est soumis à la règle générale d'après laquelle les obligations se transmettent aux héritiers (1).

470. Dans l'ancien régime, cette transmission du bail était de droit commun (2); mais elle n'était pas universelle; et, par exemple, d'après l'art. 204 de la Coutume de Lorraine, l'héritier n'était pas tenu de continuer le bail passé par son auteur; d'où le proverbe : *Mort rompt tout louage*. Mais Loisel (3) et Delaurière (4) tenaient que cet usage était *contre toute raison*.

La mort cependant résolvait le bail quand c'était un usufruitier à vie qui l'avait passé en cette qualité (5). Nous avons vu, dans le commentaire de l'art. 1718, qu'il en est autrement dans notre jurisprudence.

471. Si le bail était fait pour un temps indéterminé et avec cette clause, *tant qu'il plaira au locateur*, il est évident que la mort de ce dernier le ferait évanouir en lui enlevant le concours du bon plaisir qui lui est nécessaire pour subsister.

Voici en quels termes le président Favre justifie cette décision de Pomponius (6) : « Voluntas finitur « morte. Ideoque quod in alicujus voluntatem expres- « sim confertur, conditionem quandam injicit, quæ « volentis personam non egreditur (7). »

De même si le bail est fait *tant qu'il plaira au conducteur d'en jouir* (8).

472. Lorsque le fermier meurt et que ses héritiers prennent sa place en vertu de notre article, il peut se présenter des inconvénients de plus d'un genre pour le propriétaire. Le bail est-il licité entre ces héritiers, voilà le propriétaire forcé à des relations et à une confiance avec des personnes avec lesquelles il n'a jamais contracté. Le bail se partage-t-il entre les héritiers, le propriétaire est exposé à des pertes, à des mécomptes.

En général, il est prudent, lorsqu'un bail doit se prolonger pendant un certain temps, de stipuler que le bail sera indivisible et que ceux des héritiers qui exploiteront en commun seront tenus solidairement du payement du prix et de l'exécution des clauses du bail (9).

Nous verrons aux nos 645 et 646 si l'art. 1742 s'applique au colonage partiaire.

Article 1743.

Si le bailleur vend la chose louée, l'acquéreur ne peut expulser le fermier ou le locataire qui a un bail authentique, ou dont la date est certaine, à moins qu'il ne se soit réservé ce droit par le bail.

SOMMAIRE.

473. Importance de notre article; il fait du droit du preneur un droit absolu.
474. En droit romain, au contraire, le preneur n'avait qu'un droit relatif dont il ne pouvait se prévaloir contre aucun successeur particulier du bailleur.
475. Bien plus, le propriétaire pouvait rompre le bail avant terme pour rentrer en jouissance de sa chose.
476. Ces deux principes étaient passés dans la législation d'autrefois.
477. Le premier d'entre eux souffrait plusieurs exceptions.
478. 1° Le bail emphytéotique, et en général tout bail au-dessus de dix ans, conféraient au preneur un droit réel, *jus in re*.
479. 2° Le bailleur pouvait aliéner avec condition expresse que le preneur serait maintenu.
480. 3° Les baux passés sur les biens du fisc survivaient aux mutations de propriété de la chose louée.
481. L'Église essaya, mais en vain, d'étendre ce privilége aux fermiers de ses propres domaines.
482. L'hypothèque générale ou spéciale consentie au preneur sur la chose louée, lui donnait-elle droit de se maintenir en possession malgré l'aliénation de cette chose? Discussion des anciens jurisconsultes sur cette question.
483. Le droit de dissoudre le bail, en cas d'aliénation, était-il réciproque?
484. Modifications sages, mais incomplètes, apportées à l'ancienne législation par l'assemblée constituante.
485. Elle maintient les baux de six ans et au-dessous contre l'acheteur du bien affermé.

(1) S'il est vrai qu'en règle générale un contrat de bail ne soit pas résolu par le décès du locataire, il n'en est plus ainsi, alors qu'il a été consenti en considération d'une qualité particulière à celui à qui a été confiée la chose. (2 déc. 1835, C. de Brux.; Jur. de Belg., 1836, 2, 194.) (*Édit. belge.*)

(2) D. 10, C. *Loc.* l. 19, § 8, D. *Loc. cond.* l. 60, § 1, D. id. Inst., *De loc.* § *ult.* Pothier, *Louage*, no 317.

(3) Liv. 3, t. 6, no 3.

(4) Sur Loisel.

(5) Pothier, no 317.

(6) L. 4, D. *Loc.* Pothier, no 317.

(7) *Ration.*, sur la loi 4, D. *Loc.* Il cite la loi 32, D. *De donat.* L. 69, D. *De cond. et demon.*, etc.

(8) Id.

(9) V. les observ. de la cour de Lyon (Fenet, t. 4, p. 196 et 282.)

486. Pour les baux au-dessus de six ans, l'assemblée constituante ne déroge pas expressément à la loi romaine, mais elle en renverse implicitement le principe.
487. Son décret ne s'applique qu'aux baux à ferme et n'a nullement trait aux baux de maisons.
488. L'assemblée constituante ne donnait le caractère de droit réel qu'aux droits du fermier relativement à tout successeur à titre singulier, pour favoriser l'agriculture.
489. Le Code a complété la ruine de la législation romaine en cette matière; sa présentation souleva à la cour royale de Lyon une discussion intéressante.
490. Discussion au conseil d'État et principe erroné dont les orateurs firent leur point de départ.
491. En vertu de la législation introduite par notre article, le droit du preneur devient un droit réel, qui modifie le droit du propriétaire et survit à l'aliénation de sa chose.
492. Qualifications bizarres inventées par les auteurs pour désigner le droit nouveau du preneur.
493. Abus que l'on a fait du mot EXPULSER, employé par l'art. 1743, pour conclure que le droit du preneur n'est qu'un simple droit de rétention.
494. Une interprétation si restreinte est en pleine contradiction avec les vues plus larges des rédacteurs de notre article.
495. Ils ont voulu généraliser, compléter la réforme de l'assemblée constituante et maintenir le bail du preneur malgré l'aliénation, sans distinguer s'il est ou non en jouissance actuelle de son bail.
496. Les discours prononcés au conseil d'État, lors de la discussion, révèlent clairement l'intention des législateurs.
497. D'ailleurs le Code n'a pas fait de la possession du preneur, qui tient son bail d'un simple usufruitier, et dont la position est par conséquent moins favorable que celle du preneur investi par le propriétaire lui-même, la condition de la maintenue de son bail à l'encontre du nu-propriétaire à l'expiration de l'usufruit.
498. Le véritable caractère du droit attribué au preneur par notre Code n'a pas été méconnu de tous les jurisconsultes.
499. L'article 1743, malgré la restriction apparente de ses termes, s'applique à tout successeur à titre singulier.
500. Le preneur postérieur en date, mais actuellement en jouissance, serait-il préféré au preneur non investi dont le bail a date certaine antérieure.
501. Résumé des effets les plus remarquables attribués par notre Code au droit du preneur.
502. Le preneur qui tient son bail de l'un des copropriétaires seulement d'une chose indivise, est-il recevable à demander le partage pour consolider son droit?
503. Pourquoi le successeur particulier n'est-il tenu de respecter que les baux ayant date certaine?
504. L'acquéreur peut donc expulser le preneur qui n'a pas date certaine sans lui devoir aucune indemnité.
505. Mais s'il trouve le preneur déjà en possession, pourra-t-il l'expulser sans délai?
506. S'il tolère la jouissance de ce preneur, pendant combien de temps sera-t-il tenu de la respecter?
507. Doit-il remplir à l'égard du preneur, dont le bail a date certaine, toutes les obligations que ce bail imposait à l'ancien propriétaire, bailleur de la chose aliénée?
508. L'art. 1743 ne s'applique pas aux locations de meubles.
509. Transition aux articles suivants.

COMMENTAIRE.

473. L'article 1743 est peut-être le plus grave et le plus fécond de toute la matière du louage. C'est lui qui a transformé le caractère de ce contrat; c'est lui qui a fait passer le droit du preneur de la classe des droits relatifs (*jus ad rem*) à la catégorie des droits absolus (*jus in re*). L'importance n'en a pas été saisie par tous les commentateurs du Code. Plusieurs se sont même attachés à la rapetisser et à l'étouffer. Je vais m'efforcer de lui rendre son véritable caractère.

474. Il y avait dans le droit romain une loi célèbre qui décidait que l'acheteur n'était pas tenu d'entretenir le bail passé par le vendeur. « *Emptorem*, « disait l'empereur Alexandre, *emptorem quidem* « *fundi necesse non est stare colono, cui prior domi-* « *nus locavit*, nisi eâ lege emit. Verum si probetur « aliquo pacto consensisse, *ut in eâdem conductione* « *maneat*, quamvis sine scripto, bonæ fidei judicio, « ei quod placuit parere cogetur (1). »

Cette décision n'était pas particulière au cas de vente de la chose louée. Tout successeur particulier, à quelque titre que ce fût, était dispensé de l'entretien du bail consenti par son auteur, parce que, dans le système du droit romain, le bail n'engendrait qu'un rapport particulier entre le preneur et le bailleur, il ne produisait que des obligations de personne à personne; il n'engageait le locataire qu'à une obligation de faire jouir dont la violation ne pouvait donner lieu qu'à des dommages et intérêts.

Ainsi, le légataire pouvait expulser le fermier (2), sauf le recours de ce dernier contre l'héritier (3). Le donataire avait le même droit (4), aussi bien que l'usufruitier (5). Nous avons même vu *suprà* (6), que le bail finissait avec l'usufruit, et que le propriétaire n'était pas astreint au bail passé par l'usufruitier (7). Cujas résume dans cette courte observation la raison de ces solutions. « *Et hæc ratio est,* QUIA COLONUS NON HA- « BET JUS IN RE QUAM CONDUXIT; *legatarius verò, dona-* « *tarius, fructuarius, emptor, habent jus in re. Et* « *meritò igitur præferuntur colono* (8). On ne conçoit pas que de graves conseillers d'État, que MM. Tronchet (9) et Galli (10), aient dit que la loi *Emptorem* N'ÉTAIT FONDÉE QUE SUR UNE SUBTILITÉ! Comment n'ont-ils pas vu qu'elle dérivait de l'éternelle et profonde division qui sépare le *jus ad rem* du *jus in re*!

475. Ce n'est pas tout! la loi *Æde* 3 au *C. Loc.* (11), permettait au propriétaire de rompre le bail pour occuper sa maison en personne. Ici, je l'avouerai avec M. Tronchet, cette disposition ne reposait sur aucun principe. C'était une concession faite au droit de propriété au détriment des droits du conducteur, que l'on considérait comme d'un ordre inférieur et subordonné.

---

(1) L. 9, C. *Loc.*
(2) L. 32, D. *Loc. cond.* (Julianus); l. 120, § 2, D. *De legat.* 1° (Ulpien).
(3) Accurse, sur la loi 32.
(4) Cujas, sur la loi 120 (Rép. d'Ulpien, liv. 2).
(5) L. 59, § 1. D. *De usufr.* (Paul).
(6) N° 155.
(7) Coquille, quæst. 158.
(8) *Loc. cit.*
(9) Fenet, t. 14, p. 251. Locré, t. 7, p. 166, n° 41.
(10) Id., p. 314. *Exposé des motifs.* Locré, t. 7, p. 193, n° 10.
(11) De l'empereur Antonin. V. Brodeau, sur Louet, lettre L, ch. 4, nos 1 et suiv.

476. La jurisprudence qui vint fleurir sur le tronc du droit romain s'appropria ces deux lois (1) ; celle-ci, par suite d'un préjugé! car les nations modernes, dont la première éducation s'est faite sous l'influence des idées féodales, ont accordé à la prépondérance de la propriété bien plus de sacrifices encore que les Romains! Celle-là, par respect pour les principes! car dès l'instant que l'on n'admettait le bail qu'à la condition de n'exercer aucune influence d'affectation sur la chose, la raison voulait que le successeur particulier à qui cette chose était transmise, la reçût sans le contrat et l'étreinte du bail (2).

477. Du reste, dans le droit romain comme dans le droit français, la règle ***successor particularis non tenetur stare colono***, souffrait des exceptions que nous devons rappeler en peu de mots.

478. La première avait lieu dans les baux emphytéotiques, qui attribuaient au preneur le ***jus in re*** (3). L'acheteur du fonds emphytéosé ne pouvait expulser le colon. Les constitutions des empereurs attestent que les acquéreurs de ces sortes de biens avaient tenté de substituer leurs propres colons et leurs esclaves aux colons établis par le fisc sur les fonds ainsi concédés, mais que ces tentatives furent réprimées avec sévérité.

Et comme le bail au-dessus de 10 ans conférait le *jus in re* (4), on tenait qu'il ne pouvait être rompu par le successeur particulier. Telle était l'opinion commune attestée par Brunemann (5), malgré quelques protestations de l'école (6) que j'ai rappelées plus haut (7).

479. La seconde exception avait lieu lorsque l'aliénation était faite avec la condition expresse que le bail serait respecté (8) ; cette clause était assez fréquente. Gaïus conseillait aux vendeurs de l'insérer dans le contrat d'aliénation afin de ne pas être exposés à des dommages et intérêts (9). Par là le successeur particulier se trouvait lié par une obligation personnelle qui l'aurait rendu non recevable à expulser le fermier.

480. La troisième exception avait lieu à l'égard des acquéreurs des choses du fisc. Dans les ventes de ces sortes de biens, la clause d'entretenir le bail était toujours sous-entendue. J'ai expliqué ci-dessus (10) les motifs de cette loi toute d'exception et appelée par Cujas *Nova et inaudita sententia*.

481. Les docteurs étrangers avaient voulu essayer d'étendre à l'Église ce privilége du fisc (11). Mais Pothier nous apprend que leur opinion n'était pas suivie en France (12).

482. Une grande question était celle de savoir si, lorsque le bail avait été passé par-devant notaire, et qu'en conséquence l'héritage se trouvait hypothéqué à l'obligation de faire jouir le fermier, et aux dommages et intérêts résultant de l'inexécution, le nouvel acquéreur pouvait user du bénéfice de la loi *Emptorem*.

Les uns, comme Balde et Bartole (13), pensaient que le fermier ne pouvait être dépossédé; ils se fondaient sur ce que celui qui a une hypothèque sur la chose, a le *jus in re*, et par conséquent droit de rétention. Mais cette opinion a été très-bien réfutée par Coquille (14), qui fait observer qu'elle n'allait à rien moins qu'à détruire la loi *Emptorem* en France, où tous les actes passés par-devant notaire donnaient alors une hypothèque générale.

D'autres pensaient que le fermier ne pouvait être expulsé quand le bailleur lui avait donné une hypothèque spéciale pour l'obligation de le faire jouir. Cujas était de cet avis (15), et l'on comptait à sa suite une foule d'auteurs de grand renom, comme Godefroy (16), Fachin (17), Coquille (18), Charondas (19), Brodeau (20); quelques coutumes avaient été rédigées dans cet esprit (21).

Enfin une troisième opinion tenait que, nonobstant toute hypothèque générale ou spéciale, le fermier pouvait être expulsé, à moins que par le contrat d'achat l'acquéreur ne se fût obligé à respecter le bail ; le défenseur de cette opinion était Dumoulin (22). Elle avait fini par prévaloir au palais et dans la théorie (23). Elle reposait sur cette idée, que l'hypothèque, soit générale, soit spéciale, ne donnait au preneur que le droit de se venger sur l'héritage hypothéqué pour le payement de ses dommages et intérêts, mais qu'elle n'était pas de nature soit à lui donner un droit de rétention, soit à obliger personnellement le successeur à titre singulier à entretenir le bail et à le rendre non recevable dans sa demande en expulsion, en offrant de lui payer les dommages et intérêts hypothéqués sur la chose.

483. Du reste, si le successeur particulier n'était pas tenu d'entretenir le bail ; par réciprocité, le preneur, du moins d'après l'opinion la plus générale, était dispensé de l'entretenir à son égard (24). Car le successeur, ne représentant pas le bailleur dans ses obligations personnelles, ne le représentait pas davantage dans ses droits *in personam* (25). Toutefois ce système avait (il faut en convenir) de graves contradicteurs.

484. Tel était en résumé l'état des choses sous

(1) Pothier, *Louage*, n°s 288 et suiv., et 329. Brillon, v° *Bail*, n°s 19, 42, 45. Bretonnier, sur Henrys, t. 4, p. 27. Despeisses, t. 1, p. 119, etc. Ferrières, sur Paris, art. 171, glose 1, n° 52.

(2) *Supr.*, n° 6.

(3) L. 3, C. *De mancipiis et colonis.*

(4) *Supr.*, n° 25.

(5) Sur la loi 9, C. *Loc. cond.*, n° 1.

(6) Favre, sur la loi 32, D. *Loc cond.* et *De errorib. pragmat.* Décad. 100, n° 5. Il convient que presque tous les docteurs, depuis Bartole, étaient d'avis que le bail au-dessus de 10 ans conférait le droit réel.

(7) *Supr.*, n° 25.

(8) L. 9, C. *Loc. cond.* Pothier, n° 292.

(9) L. 25, § 1, D. *Loc. cond.*

(10) N° 11.

(11) Despeisses, *loc. cit.*

(12) N° 294.

(13) Sur la loi *Emptorem.*

(14) Quæst. 202.

(15) Sur le titre du Code *De loc.*, et sur la loi 120. D. *De legat.* 1° (*Respons. Ulpian.*, lib. 2).

(16) Sur la loi *Emptorem.*

(17) Lib. 1, c. 88.

(18) Q. 202.

(19) Répons., liv. 12, ch. 55.

(20) Sur Louet, lettre P, ch. 41.

(21) Sedan, art. 171, disait : *Pourvu que l'héritage fût spécialement attaché à l'entretènement du bail.*

(22) Sur Paris, § 30, n°s 108, 109, 110.

(23) Bretonnier sur Henrys, t. 4, p. 27. Pothier, *Louage*, n° 291.

(24) L. 32, D. *Loc. cond.* V. Observ. de la cour de Grenoble (Fenet, t. 3, p. 590).

(25) Brunemann, sur la loi 32, précitée. Godefroy, sur la loi *Emptorem*. Pothier, n° 298. Arrêt du 19 juillet 1696, rapporté par Soefve, t. 2, ch. 38. *Contrà*, Bretonnier sur Henrys, t. 4, p. 29.

l'ancienne jurisprudence. Il en résultait de longs et dispendieux procès pour le règlement des dommages et intérêts; d'autre part, le droit de propriété était, pour ainsi dire, placé en état d'hostilité envers ses plus utiles auxiliaires. Les conducteurs d'héritages urbains ou ruraux étaient sans cesse exposés à être troublés dans leur jouissance, et ce danger était grave, surtout en ce qui concerne les fermiers, qui ont besoin de garanties de stabilité pour leurs exploitations.

L'assemblée constituante, préoccupée surtout des intérêts de l'agriculture, crut devoir porter remède à ce mal. Elle abrogea donc la loi *Emptorem* à l'égard des baux de biens de campagne.

Voici comment elle s'exprime (1).

« Art. 2. Dans un bail de 6 années et au-dessous, « fait après la publication du présent décret, quand « il n'y aura pas de clause sur le droit du nouvel ac- « quéreur à titre singulier, *la résiliation du bail, en* « *cas de vente du fonds, n'aura lieu que de gré à gré.*

« Art. 3. Quand il n'y aura pas de clause sur ce « droit dans les baux de plus de 6 années, en cas de « vente du fonds, le nouvel acquéreur à titre singu- « lier pourra exiger la résiliation, sous la condition « de cultiver lui-même sa propriété, mais en signi- « fiant le congé au fermier *au moins un an* à l'avance, « pour qu'il sorte à pareil mois et jour que ceux « auxquels le bail aurait fini, et *en dédommageant au* « *préalable le fermier*, à dire d'experts, des avanta- « ges qu'il aurait retirés de son exploitation ou cul- « ture continuées jusqu'à la fin de son bail, d'après « le prix de la ferme, et d'après les avances et les « améliorations qu'il aura faites à l'époque de la ré- « siliation. »

Ces dispositions étaient sages et utiles : mais elles étaient incomplètes. La loi parlait un langage trop restreint. Elle ne s'occupait que du cas de vente de la chose, tandis que le fermier était tout aussi bien menacé par un légataire, un donataire, un usufruitier (2), etc., etc., que par un acquéreur. Devait-il rester sans défense vis-à-vis de ces successeurs à titre singulier, ou bien fallait-il qu'une interprétation favorable étendît jusqu'à eux l'influence de la loi nouvelle? J'aurais opiné vers ce dernier parti, mais j'aurais mieux aimé que la loi s'en fût expliquée elle-même.

Et puis, on l'a déjà remarqué, cette loi ne s'occupait que des biens ruraux. Ainsi tous les autres baux restaient soumis à la règle *Successor particularis non tenetur stare colono!* Cette règle se trouve même expressément consacrée par l'art. 15 du titre 2 de la loi du 28 octobre 1790, relative aux baux des biens nationaux (3). De là un contraste frappant entre le louage des maisons et les baux à ferme; la jurisprudence, au lieu de se simplifier, se bigarrait d'anomalies choquantes et difficiles à expliquer!

485. Du reste, fixons bien notre attention sur la portée des art. 2 et 3 que nous avons transcrits.

D'abord, les baux à ferme de 6 ans et au-dessous sont soustraits, en cas de vente, à la règle *Successor particularis non tenetur stare colono*. L'art. 2 ne se sert pas tout à fait des mêmes termes que l'article 1743 du Code civil; il ne dit pas que l'acquéreur *ne pourra expulser le fermier;* il emploie cette tournure de phrase, la *résiliation n'aura lieu que de gré à gré.* Nous aurons occasion plus tard de revenir sur cette observation.

486. En second lieu, les art. 1 et 2 laissent plutôt supposer qu'ils ne décident expressément que la même règle a lieu à l'égard des baux au-dessus de 6 ans. Du reste, cette supposition n'est pas une vaine conjecture; elle est le résultat logique de la comparaison des deux articles; et d'ailleurs, comment l'assemblée constituante aurait-elle ignoré que, par la jurisprudence sous l'empire de laquelle on se trouvait, plus les baux étaient à long terme, plus les droits du preneur s'approchaient du droit réel, et que les baux au-dessus de 10 ans, consacrant à son profit le *jus in re*, n'avaient pas à redouter la loi *Emptorem* (4)!

Il est vrai que l'art. 3 autorise le nouvel acquéreur à demander la résiliation dans un cas unique, c'est-à-dire, quand il voudra cultiver par lui-même, et à charge par lui de payer des dommages et intérêts au fermier. Mais cette exception est tout autre chose que l'application de la loi *Emptorem*, et je suis étonné que M. Duvergier s'y soit laissé tromper (5). Si le nouveau propriétaire eût été placé dans les conditions de la règle *Successor particularis non tenetur stare colono*, il n'eût pas été astreint à payer des dommages et intérêts au fermier expulsé par lui. Ce dernier n'aurait eu de recours que contre le bailleur qui manquait à l'obligation de le faire jouir (6), et la loi du 28 septembre 1791 eût commis le plus énorme des contresens en obligeant le nouveau propriétaire à payer des indemnités pour la violation d'une promesse qu'il n'avait pas faite, pour la rupture d'un lien personnel auquel sa personne n'était pas engagée. Il est même évident que l'art. 3, en faisant peser les dédommagements sur le nouveau propriétaire, et non pas sur l'ancien, considérait nécessairement l'obligation d'entretenir le bail comme étant passée à sa charge. Que si elle l'autorise à faire résoudre le bail, c'est par une sorte d'extension de la loi *Æde* (7), et nullement par application de la loi *Emptorem;* c'est à titre de propriétaire qui veut occuper ses domaines ruraux et les cultiver par lui-même; c'est pour favoriser l'esprit agricole et le goût des travaux champêtres. Mais ce n'est pas à titre de successeur particulier qui vient dire : Le bail n'a pas fait impression sur la chose; je n'en suis pas tenu! Eh mon Dieu! il en est si bien tenu, que, pour peine d'y porter obstacle, il est condamné à des dédommagements.

487. Quoi qu'il en soit, il y avait dans les articles 1 et 2 le germe d'une innovation précieuse; il ne fallait que la généraliser. Le bail à ferme venait de recevoir le cachet du droit réel, puisqu'il militait désormais contre tous les acquéreurs et successeurs à titre singulier. Un pas restait à faire pour étendre à tous les baux d'immeubles cette heureuse idée. Il était réservé au Code civil d'accomplir cette amélioration.

488. Je dis que le droit réel faisait pour la première fois son apparition dans le louage d'immeubles à court terme. Les auteurs que j'ai réfutés, *suprà* n°s 9 et suiv., ont nié ce fait évident. Mais en vérité il faut avoir un bandeau sur les yeux pour ne pas en être frappé. M. Duvergier, par exemple, n'a pu colorer son système qu'en se faisant illusion sur le sens de l'art. 3, et en lui attribuant des effets dont je viens de démontrer le peu de solidité.

(1) Loi du 28 septembre-6 octobre 1791, t. 1, sect. 2, art. 2. (Lepec, t. 2, p. 593. Pasin., à cette date.)

(2) *Supr.*, n° 474.

(3) Collect. Lepec, t. 1, p. 322, 323. Pasin., à cette date.

(4) *Supr.*, n° 478.

(5) *Louage*, t. 1, n° 280, p. 257.

(6) *Supr.*, n° 474.

(7) *Supr.*, n° 475.

489. Voyons maintenant ce qu'a fait le Code civil. Je l'ai dit : il *a complété la réforme* commencée par l'assemblée constituante (1). Il ne s'est pas contenté de placer dans un coin du tableau le droit réel, révélé par le Code rural de 1791 ; il l'a mis sur le premier plan ; il en a fait un principe général.

Mais il est intéressant de voir quel chemin il a pris pour arriver jusque-là. Ouvrons les travaux préliminaires de l'art. 1743 !

La cour d'appel de Lyon fut la seule qui discuta sérieusement l'art. 1743. Un de ses membres en présenta la critique ; d'autres le défendirent avec insistance (2). La question y fut si nettement posée et si franchement abordée, que je crois utile de rappeler ce débat.

L'adversaire de l'art. 1743 disait : « L'assemblée constituante, qui fut toujours très-attentive à maintenir la propriété, et la convention nationale, ont respecté le droit du propriétaire consacré par la loi *Æde*. Il est naturel, juste, conforme à la raison qu'un propriétaire puisse, quand il le désire, habiter chez lui, et obtienne la préférence sur son locataire.

« Quant à la loi *Emptorem*, le Code rural de l'assemblée constituante l'avait aussi respectée à l'égard des maisons d'habitation. Il ne l'avait modifiée qu'en ce qui concerne les propriétés rurales. Aujourd'hui, l'on veut établir un droit nouveau, contraire à l'usage universel de tout le territoire. C'est *une subversion* qu'aucun motif ne légitime.

« On va *diminuer* les *droits* de *la propriété* ; les diminuer, c'est l'altérer dans son essence, c'est diminuer sa valeur. Tout le monde y perdra, et le fermier n'y gagnera pas grand'chose.

« Quand on verra des domaines affermés, on hésitera avant de les acheter, de peur de rester trop longtemps engagé à l'exécution de conventions qu'on n'a pas formées, et à des relations forcées avec un fermier qu'on ne connaît pas.

« On paralyse ensuite l'industrie de ceux qui veulent cultiver par eux-mêmes. C'est laisser l'agriculture dans son mauvais état, et nuire au bien général.

« On allègue le respect pour les contrats. Mais le fermier est bien libre de résilier quand il veut, en ne payant pas, en violant relativement à la culture les clauses du bail, et par une foule d'autres moyens. La foi des conventions n'est pas violée quand la loi a prononcé elle-même la résolution du contrat dans certains cas. La loi *Emptorem* n'a donc rien d'injuste. La modification qu'y avait faite la loi de 1791 était déjà peut-être trop considérable : la maintenue de cette loi est donc la plus grande faveur que le nouveau Code puisse faire au fermier. »

Voici maintenant ce que répondaient les partisans de l'art. 1743.

« D'abord, en ce qui touche la loi *Æde* : le propriétaire, en louant, a vendu sa jouissance. *Cette jouissance* EST DEVENUE UNE PROPRIÉTÉ DU LOCATAIRE ; la lui ôter, c'est attaquer *le droit de propriété*.

« Quant au nouvel acquéreur, le locataire ou le fermier ayant *obtenu, antérieurement, la cession de la jouissance*, doit *être préféré* au *nouvel acquéreur*, dont les droits sont postérieurs.

« L'intérêt général et bien entendu de la propriété exige que les conventions faites pour en tirer parti par des baux soient exécutées fidèlement. La possibilité de la non-exécution en diminue la valeur. »

On voit que, dans la pensée de la cour d'appel de Lyon, le droit du fermier se présentait sous les couleurs d'un droit attaché à la chose, d'une quasi-propriété entée sur la propriété, et aussi respectable que la propriété même.

490. Mais arrivons à la discussion du conseil d'État. Je l'ai lue et relue avec attention, et franchement je doute que les membres qui y ont pris part aient bien su ce qu'ils allaient faire. Le mot paraîtra téméraire et dur. Je vais le justifier.

Ce n'est pas sans doute sur l'abrogation de la loi *Æde*, par l'art. 1761, que porteront mes observations. Je reconnais avec M. Tronchet qu'elle n'était fondée sur aucune raison solide (3) ; mais quant à la loi *Emptorem*, il n'en était pas ainsi ; j'ai montré ci-dessus (4) qu'elle était le résultat logique du principe, que le bail n'engendrait que des rapports de personne à personne. Pourquoi donc M. Tronchet s'oublie-t-il jusqu'à avancer que *cette loi n'était, après tout, qu'une subtilité?* Pourquoi M. Berlier répète-t-il ces paroles en y applaudissant (5) ? Pourquoi M. Bigot vient-il ajouter que la loi *Emptorem ne peut se concilier avec l'équité et la foi due aux contrats* (6) ? Pourquoi enfin ces incroyables reproches trouvent-ils une mention honorable dans l'exposé des motifs de M. Galli (7) ?

Quand il s'agit d'hommes comme ceux que je viens de nommer, le reproche d'ignorance serait inconvenant et déplacé ; mais, du moins, ne pourrait-on pas expliquer par une méprise ce langage inexplicable ?

Le conseil d'État avait une pensée que je crois bonne, c'était de mettre le bail au dessus des vicissitudes occasionnées par les mutations de propriétaires ; sans rien faire qui pût frapper la propriété d'inertie et d'immobilité, il voulait rendre moins fréquentes les mutations de jouissance dont l'excès nuit à la bonne culture et à ces créations agricoles qui font fleurir les campagnes (8). L'entreprise était facile. Il suffisait d'ajouter un linéament aux traits caractéristiques que le bail avait eus dans le droit romain. Il suffisait de considérer le bail comme créant au profit du preneur, outre les rapports personnels, un droit distinct de celui du propriétaire et s'incorporant à la chose même : c'est ce qu'avait fait la cour d'appel de Lyon.

Cette idée poursuivait le conseil d'État ; elle couvrait de son prestige la loi *Emptorem*. Elle en éclipsait à ses yeux le sens et la légitimité ! Il faudrait être aveugle pour ne pas voir qu'elle est au fond de toute la discussion, et que seule elle en donne la clef ; du reste, elle éclate dans le rapport de M. Mouricault (9), qui repousse toutes les objections tirées de la loi romaine par ce grand principe : *qu'on ne peut transmettre à autrui plus de droits qu'on n'en a soi-même.*

Eh oui ! voilà le grand mot proféré, et nous allons y revenir. Mais comment ces hommes éclairés ne voyaient-ils pas que la loi *Emptorem* n'était fondée précisément que sur ce que, le bail n'affectant la chose par aucun point, le propriétaire pouvait en disposer librement, sans blesser le moins du monde la maxime rappelée par M. Mouricault ?

(1) M. Jaubert (Fenet, t. 14, p. 352). Locré, t. 7, p. 212, n° 7.

(2) Fenet, t. 4, p. 202.

(3) *Supr.*, n° 475.

(4) *Supr.*, n° 474.

(5) Fenet, t. 14, p. 251. Locré, t. 7, p. 166, n° 4.

(6) Fenet, t. 14, p. 252. Locré, *ut suprà.*

(7) Id., p. 314. Locré, t. 7, p. 193, n° 10.

(8) V. le rapport de M. Jaubert (Fenet, t. 14, p. 353). Locré t. 7, p. 212, n° 7.

(9) Fenet, t. 14, p. 331. Locré, t. 7, p. 201, nos 11 et 12.

Maintenant, que résulte-t-il de tout cela? C'est que tout le monde était d'accord pour vouloir que le bail apportât une restriction au droit du propriétaire sur la chose, qu'il fit impression sur l'immeuble, et que la mutation de cet immeuble se fit avec le cortége du bail qui l'affectait. On le voulait, dis-je; car l'invocation du principe rappelé par M. Mouricault en est la preuve manifeste. Ce principe n'aurait eu aucune application possible si le bail n'eût engagé que la personne du locateur, comme dans le droit romain et notre ancien droit français, et s'il n'eût pas engagé la chose. A un propriétaire dont la chose est dans ses mains, libre de toute restriction et de toute affectation, et qui la vend telle qu'elle lui appartient, on ne peut opposer la règle, que *nul ne peut transmettre plus de droits qu'il n'en a lui-même*; car il ne fait que transmettre tout juste les droits qu'il a lui-même, et c'est ce qui répond à cette question de M. Jaubert, qui, après avoir exposé la pensée du projet de loi, demandait : « Pourquoi l'intérêt des tiers serait-il « lésé par une vente qui leur est étrangère? Pourquoi « un titre nouveau détruirait-il un titre préexis- « tant (1)? » Certes, ces paroles ont un grand sens quand on prend son point de départ dans l'art. 1743; mais elles n'en auraient aucun si l'on se plaçait dans le système de l'ancien droit. Le preneur qui, dans ce système, n'avait pas la plus légère affectation sur la chose, le preneur, qui n'avait pour obligé qu'une personne et non la chose, n'était pas lésé quand cette chose lui échappait, et il ne s'élevait aucun conflit contraire à la justice entre les titres respectifs!

491. J'ai donc raison de le dire, il y avait dans la discussion de l'art. 1743 un malentendu. On ne se posait pas au point de vue de la loi *Emptorem*. Sans s'en rendre compte, on avait fait, à la suite de l'assemblée constituante, un voyage immense qui en avait éloigné l'aspect et effacé la physionomie. C'est pour cela qu'on s'imaginait ne faire disparaître qu'une *subtilité*, tandis qu'on opérait une *subversion*, comme disait le magistrat de la cour de Lyon!

Il reste donc acquis que le bail deflore le droit du propriétaire et qu'il constitue au profit du preneur une charge tellement inhérente à la chose, qu'il ne peut transmettre cette chose sans la charge! C'est un fait nouveau dans le droit et inouï avant l'assemblée constituante; mais c'est un fait qu'il faut accepter. Le bail n'engendre plus des rapports purement personnels; il réagit sur la chose, il l'affecte, il l'embrasse de son étreinte, et si le propriétaire essayait de l'aliéner sans le bail, il violerait la règle invoquée par M. Mouricault : *Nul ne peut transmettre plus de droits qu'il n'en a lui-même.*

Or, qu'est-ce qu'un droit qui, de la personne, rejaillit sur la chose par une affectation directe et incessante, qui suit cette chose de main en main, qui survit aux aliénations et aux changements de propriétaires? Est-ce un inconnu dans la jurisprudence? Non! Les jurisconsultes de tous les temps l'ont nommé un droit réel.

492. Toutefois, quand il s'agit du bail, nos auteurs modernes ne veulent pas qu'il en soit ainsi. Ils se complaisent, ils s'évertuent à faire de ce droit du preneur une anomalie, un rapport sans nom, quelque chose d'incohérent et d'indéfinissable. Tantôt c'est un droit de rétention (2)! tantôt c'est une sorte de droit de suite sans réalité (3)! ou bien la source d'une action personnelle, avec *le retranchement de ses conséquences* (4)! que sais-je, enfin! car je ne finirais pas si je voulais épuiser la nomenclature de toutes les vaines et stériles qualifications, inventées laborieusement par la routine, pour les substituer à celle qui est seule simple, vraie, logique!

J'ai réfuté ci-dessus le système de mes devanciers. C'est un travail sur lequel je ne veux pas revenir. J'espère que les lumières que j'ai tirées des travaux préliminaires du Code civil éclaireront d'un jour nouveau mes conclusions.

493. Il n'y a qu'un point sur lequel j'ai besoin d'insister, parce qu'il se rattache au commentaire de l'art. 1743. C'est sur cette fausse idée que le droit du preneur ne serait qu'un droit de rétention. J'ai promis, au n° 10 ci-dessus, d'y revenir. Il est temps de montrer que l'art. 1743 ne doit pas être renfermé dans les limites étroites qu'on lui assigne.

Il y a dans l'art. 1743 un mot qui a été la source de bien des méprises et surtout de celle que je vais combattre. C'est le mot *expulser*. On s'en est emparé et l'on a dit : L'art. 1743 n'admet pas qu'un preneur qui n'est pas en possession soit préféré au nouvel acquéreur; il ne veut qu'une seule chose, c'est que le nouveau propriétaire ne puisse *pas expulser* le fermier ou le locataire; ce qui suppose que ce dernier doit être en jouissance de la ferme ou de la maison. S'il n'est pas en possession, le bail est rompu par la vente. Le droit ancien est maintenu dans son ancienne vigueur; car l'art. 1743 n'y a apporté d'exception que lorsque le nouvel acquéreur trouve le preneur déjà installé; mais si cette circonstance manque, l'exception disparaît. Or, est-ce là, ajoute-t-on, la création d'un droit réel? Un droit réel doit pouvoir se poser en adversaire, et poursuivre par voie de revendication et de suite ceux qui l'usurpent. C'est alors seulement qu'il est droit absolu. Mais quand un droit est borné à une simple maintenue en possession, quand il lui est défendu de prendre l'initiative, et qu'il est subordonné à la condition d'être en possession, il n'est tout au plus qu'un droit de rétention; il n'est pas un droit réel, un droit absolu.

Or, d'après l'art. 1743, le preneur qui n'est pas en jouissance doit voir son bail brisé par l'aliénation de la chose. De même, le fermier mis en possession doit être préféré à celui qui ne l'est pas, quoique le titre de ce dernier soit antérieur (5).

Telle est la vertu qu'on attribue au mot *expulser* dans l'art. 1743. Que de choses dans un mot!

494. Mais il est temps de sortir de ce fétichisme de la lettre et de s'élever à une interprétation plus digne, plus en harmonie avec la pensée de la loi.

M. Jaubert a dit une vérité que j'ai rappelée plus haut et que l'un de mes adversaires a citée comme décisive dans son opinion (6). C'est que l'art. 1743 a voulu *compléter la réforme* commencée par l'assemblée constituante. Prenons acte de ceci. On nous accordera sans doute, en présence de cette déclaration, que le Code n'est pas venu pour rétrécir l'innovation tentée par le Code rural de 1791, mais bien pour en élargir le cadre et en féconder le germe.

Or que propose-t-on dans l'opinion à laquelle je m'adresse? Précisément d'amoindrir l'ouvrage de l'assemblée constituante et de rétrograder au lieu d'avancer. Je m'explique.

495. J'ai rappelé, au n° 485, les termes du Code

(1) Fenet, t. 14, p. 363. Locré, t. 7, p. 219, n° 7.
(2) M. Proudhon, *Supr.*, n° 10.
(3) M. Toullier. M. Duvergier, t. 1, p. 254.
(4) M. Duvergier, t. 1, p. 257.

(5) M. Duvergier a résumé ces idées (t. 1, n° 280), qui sont celles de MM. Proudhon, Duranton, Delvincourt, etc.
(6) M. Duvergier, t. 1, p. 259.

rural. Il ne se sert pas du mot *expulser* écrit dans l'art. 1743. Il dit qu'en cas d'aliénation de la chose affermée *la résolution n'aura lieu que de gré à gré.* Si l'art. 1743 avait employé cette formule, le système que je réfute n'aurait jamais songé à se produire. Jamais on n'aurait imaginé de faire dépendre le droit du fermier de son entrée en jouissance. Aucune expression n'aurait mis sur la trace de cette découverte. C'est qu'en effet le Code rural de 1791 ne limite par aucune condition l'abrogation de la règle *Successor particularis non tenetur stare colono,* du moins en ce qui concerne le bail des biens de campagne. Paul donne sa terre à ferme pour 6 ans à Pierre, avant que le fermier sortant n'ait délogé; car il faut s'y prendre d'avance pour ne pas éprouver une fâcheuse interruption. Pierre prépare son entrée en jouissance; il achète des bestiaux et des instruments aratoires; il donne congé à son propriétaire pour être prêt au moment convenu. Mais, dans l'intervalle, Paul vend sa terre, et l'acquéreur trouve le bail de 6 ans passé à Pierre, mais non encore exécuté. Pourra-t-il n'en tenir aucun compte? Non. Le bail existe; il a une date certaine, du moins nous le supposons. La loi de 1791 dit positivement qu'il ne pourra *être résilié que de gré à gré.* Si elle eût permis de le briser, sous prétexte que le fermier n'était pas encore en possession, elle aurait agi contre son propre but. Elle aurait paralysé l'industrie agricole qu'elle voulait relever. C'eût été enlever aux fermiers tout avenir, leur défendre toute avance, leur interdire tout préparatif pour se mettre à l'œuvre d'une manière fructueuse. Je crois que sur ce point nulle contestation ne s'élèvera. Le texte du Code rural ne le permettrait pas.

Puis est venu l'art. 1743, qui a eu la volonté d'agrandir la réforme et de la compléter. Malheureusement, il ne s'est pas servi de la même locution que la loi de 1791, et, à force de vouloir être explicite et absolu, il a donné à la controverse des armes contre lui-même. Les rédacteurs du Code civil voyaient partout écrit dans l'ancien droit que le preneur pouvait être expulsé par le successeur à titre singulier. Telle était la formule consacrée. Elle est dans tous les livres (1); elle est même dans les lois (2); ils crurent donc qu'il n'y avait pas de moyen plus radical d'effacer tous les vestiges de l'ancien système, que de prendre le contre-pied de la proposition, et d'en renverser les termes; et ils dirent, dans leur antagonisme: L'acquéreur ne pourra expulser le preneur. Eh bien! voyez le malheur: c'est de ces expressions mêmes qu'on s'empare pour soutenir qu'une partie de l'ancien système est encore debout!

Je soutiens, au contraire, qu'aucun débris n'en a survécu, et que le Code a dit et voulu dire que la vente de la chose louée n'empêche pas le bail de subsister, soit que le preneur soit en jouissance, soit qu'il n'y soit pas encore. Les preuves abondent.

Comment, en effet, l'art. 1743 aurait-il subordonné le maintien du bail à la condition que le preneur serait en possession? Le Code rural de 1791 n'avait pas placé le preneur dans une position si restreinte et si périlleuse! Et l'on soutiendrait que l'art. 1743 l'a emprisonné dans cet étroit défilé, lui qui a voulu *compléter la réforme,* l'étendre, la généraliser!

496. M. Duvergier objecte que l'art. 1743 a eu une raison pour donner au preneur qui possède, une préférence sur le preneur qui ne possède pas. C'est que sa jouissance est un fait que le nouvel acquéreur n'a pu ignorer; que, la connaissant, il est censé l'approuver; que, l'ayant approuvée, il est en état de mauvaise foi quand il prétend la troubler (3). Mais qu'ai-je besoin de discuter ce point de vue? Il me suffit de renvoyer M. Duvergier au Code rural de 1791, qui ne dit pas un mot de la possession du preneur; il me suffira de lui rappeler que lui-même convient *que le Code civil a été plus loin que l'assemblée constituante; qu'il modifie plus profondément l'ancienne règle* SUCCESSOR PARTICULARIS NON TENETUR STARE COLONO. Si, en effet, je prends l'article 1743 avec les limites que lui assigne M. Duvergier, il va moins loin que l'assemblée constituante; il modifie moins profondément l'ancien droit.

Mais il y a plus: M. Mouricault n'a-t-il pas dit que la racine de l'art. 1743, c'est que *nul ne peut transmettre à autrui plus de droits qu'il n'en a lui-même?* M. Duvergier sent bien que, s'il en est ainsi, il faut assimiler le preneur qui n'est pas en possession à celui qui y est déjà? Il en fait lui-même l'aveu. Mais il cherche à se débattre pour établir que l'article 1743 n'est pas une application de la maxime que je viens de rappeler. Quelle raison en donne-t-il? Aucune. Il lui suffit d'une dénégation. Il oublie que le contraire résulte de la déclaration expresse de M. Mouricault, organe de ce tribunat, dont il ne répudie pas l'autorité puisqu'il l'invoque quand il parle par la bouche de M. Jaubert (4).

Ainsi, remarquez-le bien! voilà déjà deux obstacles irrésistibles à l'interprétation que j'attaque, 1° le texte du Code rural, auquel l'art. 1743 est venu s'ajouter pour le compléter et non pour l'amoindrir; 2° l'opinion de l'orateur du tribunat qui donne la raison de cet article par cette règle, que nul ne peut transmettre à autrui plus de droits qu'il n'en a lui-même (5).

Mais ce n'est pas tout!!

497. J'ai dit ailleurs (6) que, par l'ancien droit, le bail finissait avec l'usufruit, par suite du principe *Successor particularis non tenetur stare colono.* Mais, de même que ce principe est tombé par rapport à la vente de la chose louée (art. 1743), de même l'art. 595 du Code civil l'a renversé dans les rapports du preneur avec celui qui succède à l'usufruitier. La législation nouvelle le poursuit dans ses applications les plus saillantes et lui substitue un ordre de choses différent. Tout successeur particulier est tenu d'entretenir le bail, parce que ce bail affecte la chose et la suit partout où elle passe.

Voilà donc deux positions bien identiques et ramenées à la règle commune.

Eh bien! si la possession du preneur est une condition nécessaire du maintien du bail par l'acquéreur, elle le sera à plus forte raison à l'égard du nu-propriétaire. Car l'usufruitier qui a fait le bail avait sur l'immeuble des droits moins pleins et moins absolus que le vendeur qui l'a aliéné; et si l'acquéreur peut se montrer difficile pour les actes émanés du propriétaire vendeur, combien le nu-propriétaire ne sera-t-il pas fondé à voir avec plus d'ombrage les actes d'un simple usufruitier!

Or, les art. 1429 et 1430, qui sont le complément

(1) Pothier, *Louage*, n° 289.
(2) Loi du 28 octobre 1790, t. 2, art. 15.
(3) P. 263, t. 1, n°s 280 et suiv.
(4) P. 259.
(5) C'est ce qu'ont très-bien aperçu les annotateurs du livre de M. Zachariæ. Ils reconnaissent que l'art. 1743 n'est qu'une conséquence de cette règle, et qu'ainsi il n'y a pas de distinction à faire entre le cas où le preneur est en possession et celui où il n'y est pas (t. 3, p. 26, note 18).
(6) *Supr.*, n°s 155 et 474.

de l'art. 595, disent en toutes lettres que le nu-propriétaire est tenu d'entretenir (à certaines conditions qui ne sont ici d'aucune considération) les baux de 9 ans et au-dessous *dont l'exécution n'a pas commencé* (1).

Et l'on voudrait que l'acquéreur fût traité plus favorablement! on voudrait que deux situations, égales sous l'ancien droit, eussent été régies par le nouveau avec si peu d'égalité! on voudrait que la moins favorable eût reçu une faveur dont la plus favorable n'aurait pas été investie! J'invite les partisans de la doctrine de MM. Delvincourt, Proudhon, Duranton, etc., à y réfléchir sérieusement. Je leur demande comment il est possible que des auteurs, si respectables d'ailleurs, aient passé devant les articles 595, 1429 et 1430, sans voir la lumière qu'ils projettent sur l'art. 1743. Je les adjure de dire si cet ensemble de textes, coordonné surtout avec le Code rural de 1791, et avec le discours de M. Mouricault, ne parle pas plus haut qu'un mot détourné de son but et faussé dans sa portée.

498. Au surplus, la question est sortie des étreintes dans lesquelles de vaines théories s'efforçaient de la tenir captive; elle a été posée devant la cour royale de Dijon, et cette cour a eu l'honneur de lutter la première contre les préjugés de l'école, et le courage de les condamner. Son arrêt du 21 avril 1827 (2) décide *in terminis* que le preneur a le droit de poursuivre entre les mains de l'acheteur l'exécution du bail dont il n'avait pas été mis en jouissance avant la vente. Cet arrêt a été critiqué (3); mais il survivra aux censures; et je m'aperçois d'ailleurs que je ne suis pas le seul à le défendre; car la doctrine qu'il consacre a trouvé, dans les leçons de M. Zachariæ, des titres nouveaux au respect et à la confiance des jurisconsultes (4). C'est pour moi un encouragement à persister dans tout ce que j'ai dit; et quand M. Duvergier m'exhorte à revenir de mon opinion (5), je me sens mieux fondé que jamais à lui répondre comme Crassus : « *Tum ille « fidenter confirmare, ità se rem habere ut respondis- « set* (6). »

499. Maintenant donc, voilà la position du preneur dégagée dans le cas de vente de la chose louée, aussi bien que dans le cas de consolidation de l'usufruit avec la propriété; mais restera-t-elle indécise quand l'immeuble sera légué, donné, échangé? Non. Il est vrai que l'art. 1743 n'en dit mot, et si le système d'interprétation restrictive devait prévaloir, on aperçoit à quelles anomalies absurdes on serait entraîné; mais la règle que *nul ne peut transmettre plus de droits qu'il n'en a lui-même* explique et aplanit tout. Ce n'est qu'en refusant de voir en elle la base de l'art. 1743 qu'on se perd dans un dédale de contradictions, d'exceptions et d'impossibilités!

500. Elle sauve une autre difficulté, celle qui surgit quand un bail ayant date certaine se trouve en rivalité avec un bail postérieur suivi de possession.

Dans l'ancien droit, ou le sent tout de suite, la préférence appartenait à la possession. Le preneur le plus récent qui possédait l'emportait sur le conducteur le plus ancien à qui la délivrance n'avait pas encore été faite. Ce dernier n'avait que la ressource de l'action en dommages et intérêts contre le propriétaire qui avait manqué à ses engagements personnels (7).

Aujourd'hui, il n'en est plus de même (8). Le bail antérieur prévaut, abstraction faite de la possession; le propriétaire, ayant limité son droit sur la chose par le premier bail qu'il a consenti, n'a pu en accorder un second à une autre personne, que sous la charge du premier. Quant au fait de possession, il reste indifférent. Les droits les plus importants et les plus précieux se transmettent par la volonté! la propriété elle-même est déplacée par le seul effet du consentement sans tradition (9).

L'art. 1141 du Code n'est pas un obstacle contre notre décision. Il ne serait applicable qu'autant que le droit du preneur serait *purement mobilier*. Or, nous avons prouvé qu'il n'est rien moins que cela (10), et la démonstration a dû paraître plus complète encore, depuis que nous l'avons vu l'emporter sur les successeurs à titre singulier, non encore investis de la possession.

501. Résumons maintenant les principales idées auxquelles nous voilà arrivés.

1° Le preneur peut forcer le propriétaire à le mettre en possession de la chose (11); c'est une conséquence de l'art. 1719 (12).

Il peut même forcer les acquéreurs et successeurs à titre singulier à lui délivrer son droit de jouissance.

Enfin, s'il trouve devant lui un preneur dont le titre est postérieur au sien, mais muni de la possession, il peut encore se mettre à sa place et obtenir malgré lui la délivrance de la chose (13).

On voit combien le droit du preneur a acquis d'importance et d'indépendance sous le droit nouveau. On voit de combien d'innovations l'art. 1743 a été la source.

502. Il reste un point à éclaircir : le preneur d'une chose indivise qui tient son droit d'un seul des communistes et qui craint de le voir s'évanouir sur la réclamation des autres communistes, sera-t-il fondé à demander le partage afin de conserver son droit sur le lot qui aviendra à son bailleur?

Cette question s'est présentée devant la cour de Nîmes (14), et par suite, devant la cour de cassation (15). L'action en partage, intentée par le fermier, a été repoussée; il y avait dans l'espèce une circonstance qui rendait ce résultat inévitable. C'est que le preneur ne demandait pas un partage de toute la succession; il ne réclamait qu'un partage partiel.

Mais si ce point de droit se présentait nûment et sans mélange, que devrait-on décider?

On peut considérer l'action du preneur sous deux aspects; d'abord, le preneur peut être considéré comme exerçant les droits du bailleur dont il est le créancier; en second lieu, on peut le considérer comme agissant de son chef.

Du chef du bailleur, on ne comprend pas qu'on puisse le déclarer non recevable. Les art. 1166,

(1) *Supr.*, n° 151.
(2) D., 27, 2, 119. S., 27, 2, 116.
(3) M. Duvergier, t. 1, n° 282. M. Duranton, *Louage*, n° 139.
(4) T. 3, p. 26.
(5) T. 1, p. 270.
(6) Cicer., *De oratore*, lib. 1, n° 56.
(7) Pothier, *Louage*, n° 63.
(8) Mon Comm. de la *Vente*, nos 39, 40 et suiv.
(9) MM. Dalloz, p. 213; in-8°, t. 19, p. 13, n° 7, et Duvergier, t. 1, n° 283, sont d'opinion contraire.
(10) *Supr.*, n° 15.
(11) V. le considérant d'un arrêt de cass. du 22 février 1831 (D., 31, 1, 102. S., 31, 1, 133).
(12) *Supr.*, n° 169. Pothier, n° 88.
(13) N° 499.
(14) 24 décembre 1827 (S., 28, 2, 271. D., 28, 2, 217).
(15) 22 février 1831 (D., 31, 1, 102. S., 31, 1, 133).

882, 2205, sont pour lui une garantie manifeste de la légitimité de son action. Les insinuations contraires qu'on aperçoit, à travers des phrases fort équivoques, dans l'arrêt de la cour de cassation que j'ai cité tout à l'heure, ne sauraient prévaloir contre des textes si formels. Tel est aussi l'avis de M. Duvergier (1).

Il y a plus de difficulté quand le preneur intente l'action de son chef. Pour la repousser, on dit, avec les anciens principes, qu'il n'a pas de droit réel sur la chose, et qu'il ne peut former aucune action réelle ou mixte. Ces raisons dominent en grande partie l'arrêt de la cour de Nîmes. On peut les fortifier de la loi 7, § 11, D. *Com. divid.*

Néanmoins, les nouveaux principes atténuent singulièrement leur puissance. Nous avons vu ci-dessus que le preneur a un droit réel sur la chose, et qu'il a une action contre les tiers pour se faire investir de son droit. Je pense dès lors qu'on doit l'assimiler à l'usufruitier, en ce qui concerne le droit de demander le partage.

503. Revenons à présent à l'objet direct de l'article 1743, dont une digression nécessaire nous a fait un moment dévier.

Le successeur particulier n'est tenu du bail, d'après notre article, qu'autant qu'il a date certaine avant le fait légal qui fait changer la propriété de mains. Si l'on eût eu égard aux baux sans date certaine, on eût favorisé les fraudes (2); le vendeur aurait pu passer des baux tardifs en les antidatant; il aurait pu donner à l'acquéreur, et malgré lui, des fermiers à long terme ou à des prix inférieurs.

504. Si donc le bail n'a pas de date certaine, le preneur ne peut l'opposer au successeur particulier qu'autant que celui-ci s'y serait engagé par son contrat (3); sinon, le successeur particulier peut expulser le preneur sans lui payer des dommages et intérêts (art. 1750).

Toutefois le bail conserve sa force entre le bailleur et le preneur (4), et celui-ci peut réclamer contre celui-là des dommages et intérêts, dont l'étendue est fixée par le juge, suivant les principes ordinaires (5).

505. Si le successeur particulier trouvait le preneur en jouissance, il ne pourrait l'expulser sur-le-champ. Il faudrait qu'il attendît le délai accoutumé des congés, comme dans le cas où le bail est sans écrit (6) (art. 1736 et 1774).

506. Mais que devrait-on décider si le successeur particulier laissait jouir le preneur, et percevait les loyers sans protester, dans les quittances, de sa volonté d'expulser le fermier?

Les circonstances décideront presque toujours cette question. Mais s'il fallait en porter son avis en thèse générale, je penserais, avec Pothier contre Despeisses, que le successeur particulier n'est tenu du bail que pour le temps des tacites réconductions, mais qu'il n'est pas censé adhérer à continuer le bail écrit pendant tout le temps qui peut rester à courir (7). Son silence et l'exécution qu'il fait du bail ne doivent être considérés que comme l'approbation d'un bail sans écrit ou sans fixation de durée (8).

507. Il en est autrement lorsque l'antériorité et la certitude de date du bail l'ont imprimé sur la chose. Les relations qui s'établissent alors entre le preneur et le nouvel acquéreur, associent nécessairement ce dernier au bail qu'il est chargé d'entretenir. Elles vont même jusqu'à lui rendre personnelles les obligations principales que le contrat imposait à son devancier, par exemple, de tenir le preneur clos et couvert, de le garantir de toute éviction, etc., etc. (9).

Au surplus, il est inutile de dire que je n'entends pas que le nouveau propriétaire succède à la responsabilité des faits personnels de son auteur. Je me suis expliqué ailleurs sur ce point (10), et quand je parle de l'obligation de garantir, qui passe sur lui, tout ce que je veux exprimer, c'est qu'il est garant des faits survenus depuis son acquisition. Quant aux causes d'éviction antérieures, elles ne le concernent pas (11).

508. L'art. 1743, dont je viens d'exposer l'esprit et les conséquences, ne s'applique pas aux locations de meubles. Il ne concerne que le louage des immeubles ou des choses mobilières accessoirement unies aux immeubles (12).

509. Nous allons passer maintenant à un cas prévu par notre article, mais réglé par les articles suivants; je veux parler de celui où le bailleur s'est réservé, par le bail, le droit d'expulser le preneur.

Article 1744.

S'il a été convenu, lors du bail, qu'en cas de vente l'acquéreur pourrait expulser le fermier ou

(1) T. 1, n° 88.

(2) M. Treilhard (Fenet. t. 14, p. 251). Locré, t. 7, p. 166, n° 40.

L'acquéreur d'une chose louée par bail authentique n'est pas tenu, d'après l'art. 1743 du Code civil, de respecter les conventions verbales faites entre son vendeur et le preneur, postérieurement à l'acte de bail, et qui sont contraires à ce qui avait été stipulé par cet acte, s'il n'a point d'ailleurs pris sur lui les obligations personnelles résultant de ce chef contre son vendeur, et s'il les a ignorées. (28 juillet 1826, C. de Brux.; Jur. de Belg., 1826, 2, 191.)

(*Édit. belge.*)

(3) M. Duranton, *Louage*, n° 140.

(4) Treilhard (*loc. cit.*).

(5) M. Zachariæ, t. 3, p. 27.

(6) Pothier, n° 297. M. Duranton, *Louage*, n° 144. M. Duvergier, t. 1, n° 546. Turin, 21 juin 1810 (S., 11, 2, 235).

(7) N° 300.

(8) *Junge* M. Duranton, *Louage*, n° 145. *Contrà*, M. Duvergier, t. 1, n° 550.

(9) En cas de vente de la chose louée, le locataire ne peut opposer à l'acquéreur qui veut l'expulser, un bail authentique dans lequel il ne figure point; mais qu'il allègue, avec offre de preuve, avoir été réellement fait à son profit sous le nom d'un autre; cette preuve n'est point admissible contre l'acquéreur. (17 oct. 1823, C. de Brux.; Jur. de Belg., 1823, 2, 295.)

L'acquéreur d'un immeuble ne doit pas, pour pouvoir agir en expulsion contre le locataire, signifier préalablement à ce dernier son titre d'acquisition. (10 oct. 1818, 23 avril 1819, C. de Brux.; Jur. de Belg., 1818, 2, 257. 1819, 1, 416.)

Le locataire qui a acquis une part dans la propriété du bien qu'il occupe, peut néanmoins être expulsé par ses copropriétaires à l'expiration du bail. (2 déc. 1817, C. de Brux.; Jur. de Belg., 1817, 2, 286.)

(*Édit. belge.*)

(10) *Supr.*, n° 290.

(11) Id.

(12) M. Proudhon, *Usufruit*, t. 3, n° 1217.

le locataire, et qu'il n'ait été fait aucune stipulation sur les dommages et intérêts, le bailleur est tenu d'indemniser le fermier ou le locataire de la manière suivante.

Article 1745.

S'il s'agit d'une maison, appartement ou boutique, le bailleur paye, à titre de dommages et intérêts, au locataire évincé, une somme égale au prix du loyer pendant le temps qui, suivant l'usage des lieux, est accordé entre le congé et la sortie.

Article 1746.

S'il s'agit de biens ruraux, l'indemnité que le bailleur doit payer au fermier est du tiers du prix du bail pour tout le temps qui reste à courir.

Article 1747.

L'indemnité se réglera par experts s'il s'agit de manufactures, usines ou autres établissements qui exigent de grandes avances.

SOMMAIRE.

510. Il est permis au bailleur de se réserver la faculté d'expulser le preneur en cas d'aliénation de la chose louée.
511. L'acquéreur peut-il se prévaloir de cette clause contre le preneur quand le bailleur n'en a pas usé lors de la vente?
512. Pourquoi le Code exige-t-il du bailleur qu'il indemnise le preneur du préjudice que lui a causé l'expulsion?
513. Quel est le montant de l'indemnité relativement aux locataires de maisons?
514. Quelle est l'indemnité relativement aux preneurs de baux ruraux?
515. *Quid* pour les établissements qui exigent de grandes avances?
516. A quelle époque ces indemnités doivent-elles être payées?
517. Cette réserve d'expulsion donne-t-elle aux deux parties une faculté réciproque, et peut-elle être opposée par le preneur au bailleur dans les mêmes circonstances?

COMMENTAIRE.

510. Le bailleur peut se réserver par le contrat de bail la faculté d'expulser le preneur en cas de vente de la chose. Cette réserve est licite; les art. 1743 et 1744 l'autorisent expressément, à la condition que le bailleur indemnisera le preneur, ainsi qu'il va être dit, et qu'il gardera certains ménagements que les articles suivants expliqueront (1). On aperçoit déjà que la charge des dommages et intérêts repose sur le bailleur, et que l'acquéreur reste neutre à cet égard.

511. Cette position a fait naître une question. On a demandé si l'acquéreur à qui son contrat ne rappellerait pas la réserve dont il s'agit, aurait le droit de la relever dans le bail et de s'en prévaloir.

A mon avis, tout dépend des circonstances. Néanmoins il y a des considérations graves auxquelles on doit avoir égard, et qui se tirent de la situation respective des parties.

Lorsque la vente ne fait pas mention de la faculté d'expulsion, on peut supposer que le vendeur, pour éviter des dommages et intérêts, a voulu que le preneur continuât sa jouissance, et qu'ainsi il y a renoncé (2). L'acquéreur, en expulsant, expose le vendeur à des dommages et intérêts, ce qui ne peut avoir lieu sans le fait de ce dernier. De plus, le vendeur a pu taire la réserve, parce qu'il espérait vendre à un meilleur prix; et, comme le dit M. Delvincourt, c'est peut-être parce qu'il n'a pas trouvé ce prix qu'il n'en a pas fait mention dans le contrat de vente. Enfin les baux ont pu paraître, lors du marché, offrir toutes les garanties désirables; l'acquéreur a pu voir, dans leur produit annuel, le revenu véritable de la chose; il a pu se montrer satisfait de ce revenu assuré pour plusieurs années. Toutes ces circonstances ont pu déterminer le vendeur à ne pas lui concéder le droit d'expulsion, dont l'exercice n'était pas nécessaire pour favoriser la vente et obtenir un juste prix. Si, plus tard, l'acquéreur change d'avis pour une raison ou pour une autre, ce ne peut pas être un motif pour se servir d'une clause qui est pour lui *res inter alios acta*. Il a vu le bail; il l'a eu sous les yeux; il y a lu la clause de faculté d'expulsion, et néanmoins, il ne l'a pas fait transporter dans son contrat. N'est-ce pas une preuve que le vendeur n'a pas entendu la lui transmettre (3)?

512. Voyons maintenant à quoi est tenu le bailleur qui expulse le preneur par suite de la réserve stipulée.

Nous verrons, par l'art. 1748, qu'il doit d'abord lui donner le congé d'usage.

Occupons-nous maintenant des dommages et intérêts. et voyons ce qu'a voulu la loi lorsque l'indemnité n'a pas été réglée par le bail (4).

D'abord le bailleur est soumis de droit à payer un dédommagement. Le bailleur qui s'est réservé la faculté d'expulser, en cas de vente, agit dans un esprit

(1) Art. 1748.
(2) Duranton, *Louage*, n° 148. M. Delvincourt, t. 3, p. 200, notes; in-8°, t. 7, p. 138.
(3) *Contrà*, M. Zachariæ, t. 3, p. 26. M. Duvergier, t. 1, n° 543. *Infrà*, n° 519.
(4) M. Mouricault (Fenet, t. 14, p. 331). Locré, t. 7, p. 202.

de spéculation. Il espère qu'il vendra la chose plus chèrement. Dès lors, l'équité voulait qu'il ne fît pas ce profit aux dépens du preneur. C'est bien assez de lui permettre de convenir qu'il n'entretiendra pas le bail (1).

Mais quelle sera la quotité de l'indemnité?

Le législateur établit une distinction entre les baux d'édifices urbains, ceux de biens ruraux et ceux des usines.

513. Dans le premier cas, l'indemnité consiste dans le payement d'une somme égale au prix du loyer pendant le temps qui, suivant l'usage des lieux, est accordé entre le congé et la sortie (2) (1745).

514. Dans le second cas, l'indemnité est du tiers (3) du prix du bail pour tout le temps qui reste à courir (1746).

Et ici je remarquerai l'erreur de la cour royale de Paris, qui, ayant à régler l'indemnité dont s'occupent nos articles à l'égard d'un chantier, crut devoir faire application de l'art. 1746 (4). Un chantier n'est pas un bien rural. Il rentre dans la catégorie des choses dont s'occupe l'art 1747.

515. Enfin, dans le troisième cas, lorsqu'il s'agit d'usines, de manufactures, carrières, chantiers, hôtelleries ou autres établissements qui demandent de grandes avances, l'indemnité est réglée par des experts (art. 1747). Cette disposition manquait au projet primitif. Elle y a été introduite sur la proposition de la cour de Rennes (5). Elle ne rentre pas tout à fait dans la rubrique de notre section, qui est intitulée : *Des règles communes aux baux de maisons et de biens ruraux*. Or, il s'agit ici d'autre chose que de baux de maisons, et surtout que de baux de biens ruraux (6). Mais j'ai fait voir, bien souvent déjà, que les arguments tirés du classement des articles dans le titre du louage, n'ont pas une grande valeur (7).

516. Les indemnités dont je viens de parler doivent être payées préalablement à la sortie du preneur (art. 1749).

517. Lorsque le bailleur s'est réservé d'expulser le preneur en cas de vente, le preneur peut-il, par réciprocité, faire résoudre le bail lorsque le bailleur ne le fait pas.

J'ai dit plus haut que, dans l'ancienne jurisprudence, il y avait réciprocité, au moins d'après l'opinion commune, et que si le successeur particulier pouvait faire résoudre le bail au détriment du preneur, le preneur pouvait à son tour le faire résoudre au détriment du successeur particulier (8).

Mais je ne crois pas qu'il en soit de même aujourd'hui. Aucun article du Code ne permet d'admettre cette réciprocité. La réserve est tout entière dans l'intérêt du bailleur ou de l'acquéreur à qui il la communique (9). Elle procède d'une convention dirigée contre le preneur, avec son consentement. Il ne saurait, sans une contre-convention, la rétorquer contre le bailleur. On aperçoit d'ailleurs que les raisons données par l'ancienne jurisprudence, et tirées de la maxime : *Successor particularis non tenetur stare colono*, sont sans force à l'heure qu'il est. De droit, l'acquéreur doit entretenir le bail; si une convention contradictoirement stipulée l'en dispense, le preneur n'a pas en sa faveur une convention égale pour se dispenser de remplir de son côté ses obligations.

Article 1748.

L'acquéreur qui veut user de la faculté réservée par le bail d'expulser le fermier ou locataire en cas de vente, est, en outre, tenu d'avertir le locataire au terme d'avance usité dans le lieu pour les congés.

Il doit aussi avertir le fermier de biens ruraux au moins un an à l'avance.

SOMMAIRE.

COMMENTAIRE.

518. Il eût été trop rigoureux d'obliger le preneur à vider sur-le-champ les lieux qu'il occupe; déjà dans l'ancienne jurisprudence, l'acheteur ne pouvait expulser en surterme (10). On considérait que l'équité naturelle, qui impose des devoirs non moins étroits que les conventions, soumettait l'acheteur à certains ménagements envers le preneur, auquel il ne devait pas causer un grand dommage sans nécessité.

Le Code a suivi ces idées équitables. L'acheteur appelé à profiter de la réserve du bail, devra donc

(1) *Infrà*, comm. de l'art. 1762. La cour de Toulouse voulait que le preneur n'eût pas droit à des dommages; elle disait : Ces *dommages tiendront lieu de prorogation de bail, ce qui serait contraire à la convention* (Fenet, t. 5, p. 620). Mais on vient de voir la réponse à ce système trop rigoureux.

(2) *Supr.*, nos 407 et suiv. sur ce délai.

(3) V. les observations de la cour de Lyon (Fenet, t. 40, no 206). Dans l'ancien droit, c'était le tiers, comme dans l'art. 1746. Le Code rural de 1791 suivait d'autres bases.

(4) 16 juin 1825 (D., 25, 2, 220. S., 25, 2, 272). V. *infrà* sur cette erreur, nos 527 et 632.

(5) Fenet, t. 5, p. 366, 367.

(6) V. no 514.

(7) *Quid* s'il s'agissait d'une *chose mixte* (V. *infr.*, no 526).

(8) *Supr.*, no 483.

(9) M. Delvincourt, t. 3, p. 199, notes; in-8o, t. 7, p. 237. M. Duvergier, t. 1, no 551.

(10) Pothier, no 297.

donner conger en se conformant aux délais en usage. Il faudra même qu'il avertisse un an d'avance le fermier des biens ruraux.

519. Quoique notre article charge l'acheteur de donner le congé, il n'est pas moins certain que le congé signifié par le bailleur devrait tenir, si l'acheteur entendait en profiter (1).

Article 1749.

Les fermiers ou les locataires ne peuvent être expulsés qu'ils ne soient payés par le bailleur ou, à son défaut, par le nouvel acquéreur, des dommages et intérêts ci-dessus expliqués.

SOMMAIRE.

520. Droit de rétention accordé au preneur en cas d'expulsion.

521. Cette faveur ne lui est accordée que dans le cas où le bail a date certaine.

COMMENTAIRE.

520. Le preneur tient de notre article un droit de rétention jusqu'à ce qu'il soit payé de ses indemnités par le bailleur, premier obligé, ou, à son défaut, par le nouvel acquéreur (2).

521. Mais cette disposition n'est pas applicable au cas où le bail, n'ayant pas date certaine, ne peut être opposé à l'acheteur. L'art. 1749 ne se réfère qu'aux art. 1744, 1745, 1746, tous relatifs au cas où le bail contient réserve d'expulser le fermier. Ce qui achève de démontrer cette vérité, c'est que l'art. 1750 déclare expressément que, dans le cas de bail sans date certaine, le nouveau propriétaire n'est pas tenu de dommages et intérêts, tandis que, dans l'hypothèse de l'art. 1749, il est tenu de les payer à défaut du bailleur, s'il veut entrer dans la possession de la chose. Donc, dans le premier cas, il peut la prendre sans faire aucun sacrifice; donc il peut en dépouiller le preneur quand même celui-ci n'aurait pas été indemnisé par son bailleur.

La raison de cette différence entre ces deux cas vient de ce que, dans le cas où le bail manque de date assurée, la loi craint une antidate, et redoute les baux supposés (3). Dès lors elle se tient sur la réserve, au lieu de prodiguer les faveurs (4).

Article 1750.

Si le bail n'est pas fait par acte authentique ou n'a pas de date certaine, l'acquéreur n'est tenu d'aucuns dommages et intérêts.

SOMMAIRE.

522. Renvoi aux numéros précédents.

COMMENTAIRE.

522. On peut voir ce que j'ai dit, à cet égard, aux nos 503, 504 et 521.

Article 1751.

L'acquéreur à pacte de rachat ne peut user de la faculté d'expulser le preneur jusqu'à ce que, par l'expiration du délai fixé pour le réméré, il devienne propriétaire incommutable.

SOMMAIRE.

523. Cette disposition était admise par l'ancienne jurisprudence.

524. Les rédacteurs du Code l'adoptèrent contrairement à l'opinion de Pothier.

---

(1) Lorsque le bailleur s'est réservé la faculté de résilier le bail en cas de vente avant l'expiration d'un temps déterminé, et qu'il a usé de cette faculté, en donnant congé au locataire antérieurement à la vente du bien loué, l'acquéreur n'est pas tenu, de son côté, d'avertir le locataire au temps d'avance, usité pour les congés. (2 mai 1814, C. de Brux.; Jur. de Belg., 1814, 1, 202)

L'acquéreur d'un immeuble ne peut tirer avantage d'un congé signifié au locataire, à la requête du vendeur, mais postérieurement à l'acte de vente. (Décis. not., t. 4, p. 137.) (*Édit. belge.*)

(2) M. Mouricault (Fenet. t. 14, p. 331). Locré, t. 7, p. 202, n° 12.

(3) M. Mouricault (Fenet, t. 14, p. 331). Locré, t. 7, p. 202, n° 11.

(4) *Junge* M. Duvergier, t. 1, n° 549.

525. Elle s'applique aussi bien au cas où la réserve d'expulsion a été stipulée dans un bail authentique, qu'à celui où le bail n'a pas date certaine, à cause de l'identité des motifs.

COMMENTAIRE.

523. Dans l'ancienne jurisprudence, alors que le successeur particulier voyait le bail expirer devant lui, il était admis, par la jurisprudence, que l'acheteur à pacte de rachat devait le respecter (1). On en donnait cette raison : « Qu'il n'est pas seigneur et propriétaire « incommutable pendant le temps de la grâce; car, « pouvant être lui même évincé par son vendeur, il « n'est pas juste qu'il expulse le locataire qui a droit « de lui (2). »

524. Cette doctrine, combattue par Pothier, a prévalu dans le Code civil. Notre article ne veut pas que l'acheteur à pacte de réméré puisse, comme l'acheteur pur et simple, expulser le fermier; car il prévoit le cas très-probable où la propriété fera retour au vendeur. Il ne permet à l'acquéreur de recourir à l'expulsion qu'autant qu'il est devenu propriétaire incommutable.

525. Du reste, il ne limite pas la prohibition d'expulser au seul cas où la réserve a été stipulée dans le bail, et il l'applique tout aussi bien au cas où le bail n'a pas de date certaine. Le lieu où est placé l'art. 1751 indique qu'il se réfère à toutes les hypothèses où le successeur particulier aurait pu expulser le fermier (3). La raison, d'ailleurs, le veut ainsi, la propriété n'étant pas moins indécise dans un cas que dans l'autre.

SECTION II.

DES RÈGLES PARTICULIÈRES AUX BAUX A LOYER.

Article 1752.

Le locataire qui ne garnit pas la maison de meubles suffisants, peut être expulsé, à moins qu'il ne donne des sûretés capables de répondre du loyer (4).

SOMMAIRE.

526. Qu'entend-on par baux à loyer?
527. Si le bail comprend des biens de nature différente, les principes qui régissent le bail de la chose principale sont applicables aux accessoires.
528. Le Code n'a fait, dans l'art. 1752, que conserver au propriétaire les sûretés qui lui avaient été accordées par l'ancien droit.
529. Questions à résoudre sur cette matière.
530. De quels meubles le locataire doit-il garnir la maison louée? Le privilége du bailleur s'applique-t-il à toute espèce de meubles sans distinction?
531. Combien de termes du loyer le mobilier doit-il garantir au propriétaire?
532. Le propriétaire peut-il s'opposer à tout déplacement des meubles du locataire, et ce dernier n'est-il plus le maître d'en disposer?
533. En cas d'insuffisance de mobilier, le bailleur peut-il expulser son locataire de plein droit?
534. Par quelles sûretés celui-ci peut-il suppléer à la garantie d'un mobilier suffisant?
535. Dans quel cas est-il dispensé de l'obligation de meubler l'appartement?
536. La destination de la chose ne peut-elle pas, dans certains cas, modifier considérablement cette obligation?

COMMENTAIRE.

526. Notre section est particulière aux baux à loyer. On sait que la loi appelle baux à loyer le louage *des maisons et celui des meubles* (5).

527. Mais il y a des choses qu'on pourrait appeler mixtes, parce qu'elles tiennent à la fois de plusieurs natures.

Une usine peut comprendre : 1° des meubles, tels que des machines incorporées et devenues immeubles par destination, et des matières premières; 2° des bâtiments destinés à l'habitation et rentrant dans la classe des maisons proprement dites; 3° des biens ruraux, tels que prés destinés à sécher les produits manufacturés, en même temps qu'à nourrir les animaux attachés à l'établissement; 4° enfin des chantiers qui ne sont ni biens ruraux (6) ni édifices urbains.

Dans le cas de bail de ces sortes d'objets, le jurisconsulte est obligé de concilier des principes divers et des règles qui se contrarient.

Il y a cependant une idée prédominante. C'est qu'en général, les difficultés que présentent ces sortes de

(1) Brodeau sur Louet, lettre L, ch. 4, n° 9. Bretonnier sur Henrys, t. 4, p. 28. *Contrà*, Pothier, n° 295.
(2) Brodeau, *loc. cit.*
(3) M. Duranton, *du Louage*, n° 154.
(4) Le bailleur peut faire résilier un bail passé sous l'empire de la charte du Hainaut, lorsque pendant sa durée et depuis le Code civil, le preneur a subi une exécution dans ses bestiaux et instruments aratoires. (Art. 2, ch. 117 de la charte. — 18 mars 1807, C. de Brux; Décis. not., t. 12, p. 283.) (*Édit. belge.*)
(5) V. l'art. 1711.
(6) *Supr.*, n° 514.

baux se résolvent par les principes relatifs au bail de la chose principale (1).

Ainsi, par exemple, si le bail est d'une usine à laquelle sont annexées comme accessoire quelques pièces de terre, le délai des congés sera déterminé, non par les règles relatives aux baux à ferme, mais par les règles relatives aux baux à loyer (2). Réciproquement, si l'usine était accessoirement comprise dans le bail d'un grand domaine rural, ce serait aux règles des baux à ferme qu'il faudrait donner la préférence (3).

528. Ces observations et ces réserves étant bien comprises en ce qui touche la rubrique, arrivons à l'objet même de notre article.

Loisel disait, dans ce style sentencieux qui approchait tantôt du proverbe, tantôt du langage de la loi : « *Le propriétaire peut contraindre son hoste de garnir* « *sa maison de meubles exploitables pour seureté de* « *son louage, et à défaut de ce, l'en peut faire sor-* « *tir* (4). » Les coutumes avaient stipulé cette garantie en faveur du propriétaire qui livre sa chose et ne doit pas en voir évanouir les produits (5); elles voulaient que le privilége si célèbre du locateur (6) eût une assiette réelle, et qu'il trouvât dans l'appartement ou la maison occupée par le locataire, des meubles suffisants pour s'exercer utilement. Notre article ratifie toutes ces garanties données à la propriété. On en trouve le complément dans l'art. 2102, dont j'ai donné ailleurs le commentaire (7).

529. Mais ici plusieurs points sont à examiner. De quels meubles la maison doit-elle être garnie? Combien de termes le mobilier du locataire doit-il garantir? Quelle latitude peut avoir le locataire de déplacer ses meubles, et dans quelles limites le propriétaire peut-il le surveiller à cet égard? Enfin, dans quels cas l'obligation de garnir les lieux est-elle suffisamment remplacée par d'autres sûretés; et même dans quels cas reçoit-elle de la position des parties et des termes de l'obligation des tempéraments nécessaires?

Tel est le cadre dans lequel nous allons resserrer nos observations. Reprenons.

530. Puisque l'obligation consacrée par notre article a pour but de donner un aliment au privilége du locateur, il suit que cette obligation n'est remplie qu'autant que les meubles apportés par le locataire sont de ceux sur lesquels le privilége a prise. J'ai dit dans mon Commentaire *des Priviléges et Hypothèques* (8), que certains meubles échappent à son action; tels sont les pierreries, les bagues et joyaux; les obligations et contrats; les objets empruntés par le locataire pour rester *momentanément* dans la maison; ceux dont la propriété n'appartient pas *notoirement* au locataire, ou dont un tiers a signifié au locateur qu'il est propriétaire; enfin, les meubles déclarés insaisissables par la loi. On le voit, dans ces différents cas, on ne peut compter ces meubles parmi ceux qui donnent au bailleur des sûretés, et l'obligation de garnir n'est pas remplie. C'est ce qu'a voulu dire Loisel par ces mots empruntés aux coutumes : *doit garnir la maison de meubles* EXPLOITABLES.

531. Voilà pour la qualité des meubles. Quant à la quantité, il n'est pas nécessaire que les meubles soient d'une valeur égale au montant des loyers de toute la location. Il est vrai que l'art. 2102 accorde privilége au propriétaire pour tout ce qui est échu ou à échoir. Mais dans le cas de cet article, la déconfiture du locataire (9), saisi dans ses meubles, modifie les positions et force à multiplier les garanties du créancier privilégié. Ici, au contraire, le bail commence; rien ne fait présumer le désastre du locataire; au contraire, on espère qu'il remplira fidèlement ses engagements, et la loi se place par conséquent dans un milieu favorable aux deux parties. D'ailleurs, notre article n'a pas exigé l'impossible; il ne veut pas contraindre le locataire à consacrer à son mobilier un capital au-dessus de ses ressources et de sa condition (10). C'est au propriétaire *à veiller par terme*, comme dit Bourjon (11); c'est à lui à ne pas laisser s'accumuler les loyers arriérés, et à exiger autant que possible ce qui est dû au fur et à mesure des échéances. En général, et sauf certaines circonstances dont nous parlerons tout à l'heure, il sera convenablement garanti quand les meubles répondront du terme courant et du terme à échoir, et des frais de vente judiciaire (12). Telle était la disposition de la coutume d'Orléans (13), qui fixait chaque terme à 6 mois. Cette disposition concilie dans une juste mesure les intérêts du propriétaire et ceux du preneur. A Paris, où les termes sont de trois mois, il paraît, d'après le Répertoire de Jurisprudence, qu'on exigeait que le mobilier répondît du loyer d'un an (14), c'est-à-dire des loyers de 4 termes : peut-être pour ne pas forcer un propriétaire à être toujours après ses locataires pour se faire payer sans délai de leurs quartiers; car, malgré le conseil de Bourjon, qui, du reste, est bon en soi, il ne faut pas s'imaginer que les choses doivent toujours être traitées à la rigueur : *Res non sunt amarè tractandæ*. Quelquefois un locataire quitte la ville; il va passer un certain temps à la campagne, et le propriétaire consent à ne pas se montrer sévère sur le terme, pendant qu'il sera absent. Il y a donc certaines éventualités qui sont de nature à arrérager quelques termes. Les juges doivent en tenir compte, pour ne pas laisser le propriétaire à découvert. Ils suivront aussi le conseil judicieux que Pothier leur a donné, c'est de s'en rapporter à l'usage des lieux quand il est connu (15). La coutume vaut mieux, en pareil cas, que toutes les règles *à priori*.

532. Une fois les meubles apportés dans la maison, ils sont affectés par le privilége du propriétaire; mais il ne faut pas croire qu'ils y soient immobilisés au point de ne pouvoir être déplacés. L'esprit de notre article n'est pas d'ôter au locataire la disposition de ses meubles; il en reste le maître et le propriétaire. Seulement, il faut qu'il ne donne pas atteinte à la sûreté du locateur (16). Ainsi, ce dernier ne serait pas écouté si, par suite d'une vigilance trop minutieuse, il voulait empêcher son locataire de disposer des effets qui sont dans sa maison, lorsqu'il y reste un mo-

(1) Ferrières sur Paris, t. 2, p. 1241, n° 16. *Infr.*, n° 633.

(2) Bruxelles, 29 novembre 1809 (S., 10, 2, 97). Arg. de ce que dit Pothier, n° 341. Ferrières, *loc. cit.*

(3) Sirey (*loc. cit.*).

(4) Liv. 3, t. 6, n° 5.

(5) Reims, art. 388. Laon, art. 275. Châlons, art. 272. Orléans, art. 417.

(6) V. Pothier, dont je rapporte les expressions dans mon Comm. des *Hypothèques*, t. 1, n° 150.

(7) *Des Priviléges et Hypothèques*, nos 150 et suiv.

(8) N° 151.

(9) Mon Comm. des *Priviléges et Hypoth.*, n° 155.

(10) V. *infr.*, n° 536.

(11) Liv. 4. t. 4. ch. 3, sect. 3, n° 31.

(12) M. Delvincourt, t. 3, notes, p. 201; in-8°, t. 7, p. 242. M. Duranton, *du Louage*, n° 157.

(13) Art. 417.

(14) V° *Bail*, § 7, n° 3.

(15) N° 318.

(16) Pothier, n° 268.

bilier suffisant pour répondre des loyers (1), ou lorsque les meubles enlevés sont remplacés par d'autres. La cour royale de Paris a cependant décidé que tous les meubles placés dans une maison sont tellement le gage du propriétaire, qu'ils doivent y être réintégrés, alors même qu'il en resterait en suffisance pour tous les loyers échus et à échoir (2). Mais c'est là une pure décision de circonstance.

533. Si le locataire dégarnit les lieux ou ne les garnit pas suffisamment, le bailleur peut l'expulser. Mais cette expulsion ne s'opère pas de plein droit. Elle ne peut se faire que par permission de justice, comme le disait l'art. 417 de la coutume d'Orléans. Ce n'est, en d'autres termes, qu'un cas de résolution prévu par l'art. 1741 du Code civil.

534. Le preneur peut la prévenir en donnant des sûretés capables de répondre des loyers. Une caution, un gage, une hypothèque, le sauveront de l'expulsion.

535. Il y a des cas où l'obligation de garnir n'est pas compatible avec les circonstances du bail. Tel est celui d'un bail d'appartement garni (3).

536. Il y en a d'autres où la destination de la chose la modifie considérablement. Celui qui donne une salle à loyer pour une académie d'armes, ne peut pas espérer qu'elle sera garnie comme un appartement destiné à l'habitation. Quelques chaises et quelques bancs de bois formeront le chétif mobilier sur lequel son gage sera renfermé : ce qui veut dire que ce gage sera presque nul. Mais qu'importe! n'a-t-il pas su ce à quoi il s'engageait!

A ce propos, je rappellerai un arrêt du parlement de Paris de 1759, qui mérite d'être cité. Un propriétaire avait loué un corps de logis situé sur les boulevards, à Paris, à un joueur de marionnettes. Il voulut faire résilier le bail, prétendant que les marionnettes que le preneur avait apportées dans les lieux loués n'étaient pas de valeur à répondre des loyers. L'histrion répondait qu'il avait loué en qualité de joueur de marionnettes, et que dès lors il ne s'était engagé à garnir les lieux que des objets appropriés à leur destination et à sa profession. Ce système, repoussé d'abord au Châtelet, triompha au parlement (4).

Article 1753.

Le sous-locataire n'est tenu envers le propriétaire que jusqu'à concurrence du prix de sa sous-location, dont il peut être débiteur au moment de la saisie, et sans qu'il puisse opposer des payements faits par anticipation.

Les payements faits par le sous-locataire, soit en vertu d'une stipulation portée en son bail, soit en conséquence de l'usage des lieux, ne sont pas réputés faits par anticipation.

SOMMAIRE.

537. Origine de l'art. 1753; il n'est pas à sa véritable place.
538. Le bailleur originaire a droit d'agir directement contre les sous-locataires, par cela seul qu'ils occupent sa propre maison; en cela le Code n'a fait que reproduire un principe du droit romain.
539. Pourquoi le sous-locataire ne peut-il opposer au propriétaire des payements anticipés?
540. Dans quels cas ces payements anticipés sont-ils réputés valables?
541. Hormis ces exceptions, le sous-locataire doit payer une seconde fois au bailleur originaire.
542. Mais les payements non anticipés sont présumés faits sans fraude; c'est au bailleur originaire à prouver qu'ils sont frauduleux.
543. Les quittances même sous seing privé font foi contre le propriétaire.
544. Le propriétaire est-il en droit d'expulser le locataire et le sous-preneur qui n'exécutent pas les clauses du bail originaire, quoique le sous-preneur soit lui-même en règle à l'égard de son bailleur?
545. Examen de l'opinion de M. Duvergier; il prétend que le sous-locataire qui s'est mis en règle, ne peut être expulsé pour cause de non-exécution du bail de la part de son bailleur.
546. Réfutation de cette opinion; elle se fonde sur une comparaison inexacte entre le preneur qui tient son droit d'un propriétaire apparent et le sous-locataire qui tient son droit d'un simple locataire.
547. Ensuite, la convention tacite qui se forme entre le locateur originaire et le sous-preneur, n'équivaut pas à un bail proprement dit et n'en produit pas les effets.
548. Le sous-locataire, même au droit français, n'est que la caution du preneur principal, et son obligation personnelle n'est que la garantie de celle de son bailleur vis-à-vis du propriétaire avec lequel il n'a pas contracté.
549. D'ailleurs l'art. 1753 ne peut en aucune manière servir d'argument à l'opinion contraire, car il ne suppose nullement le sous-preneur maintenu en possession après l'expulsion de son bailleur, locataire principal.

COMMENTAIRE.

537. L'art. 1753 n'existait pas dans le projet primitif soumis aux cours d'appel; il fut proposé par la cour de Lyon, afin de prévenir des difficultés renaissantes à chaque terme entre les propriétaires et sous-locataires (5). Mais le remaniement réclamé par M. Regnaud de Saint-Jean d'Angély le fit passer de la section des *obligations du preneur*, où la cour d'appel de Lyon avait proposé de l'insérer, dans la section des *règles particulières aux baux à loyer*, où il est dépaysé; car il convient aussi bien aux baux à ferme

(1) Pothier, n° 269. Bordeaux, 11 janvier 1826. (D., 26, 2, 161. S., 26, 2, 193.) Cassat., 8 décembre 1806 (S., 7, 1, 51).
(2) 2 octobre 1806 (S., 7, 2, 30. Palais, t. 15, p. 211).
(3) Mon Comm. des *Hypoth.*, n° 151.
(4) Denizart, v° *Bail*, n° 18. M. Merlin, v° *Bail*, § 7. M. Dalloz, *Louage*, p. 934, n° 12; in-8°, p. 43. M. Duvergier, t. 2, n° 16.
(5) Fenet, t. 4, p. 201.

qu'aux baux à loyer; témoin l'art. 820 du Code de procédure civile.

538. J'ai dit ailleurs (1) que le sous-locataire est tenu directement, à l'égard du bailleur originaire, de ce qu'il doit à son bailleur direct, c'est-à-dire que le premier bailleur n'agit pas contre les sous-locataires comme faisant valoir les droits de son locataire (2), mais qu'il puise son droit en lui-même (3), dans l'occupation des lieux par le sous-preneur (4); c'est ce qu'Ulpien établit dans la loi 11, § 5, D. *De pignerat. act.*, qu'il est utile de consulter. Sa pensée, un peu trop concise peut-être, a été développée avec clarté par Pothier (5) et par le président Favre (6). Elle s'était développée dans le droit français (7), où l'on tenait pour certain que le sous-locataire était directement et personnellement engagé envers le propriétaire. Il faut donc se défier de cette proposition de M. Duvergier, à savoir que, sans l'art. 1753 du Code civil et l'art. 820 du Code de procédure civile, le bailleur n'aurait aucune action directe contre les sous-preneurs et qu'il serait réduit à l'art. 1166 du Code civil (8). L'on voit que le recours direct du bailleur contre les sous-locataires est bien antérieur au Code civil. Au surplus, je reviendrai tout à l'heure sur ce point, et je montrerai une nuance entre le droit romain et le droit français (9).

Toutefois, les sous-locataires qui ont contracté avec le sous-bailleur ont pu faire des payements entre ses mains. Ces payements sont valables, d'après ce que j'ai dit au n° 322, et le propriétaire n'a d'action que jusqu'à concurrence de ce qui reste dû (10).

539. Mais il fallait prévoir la collusion, et ne pas laisser le propriétaire à la merci d'un concert frauduleux conçu dans la pensée de le frustrer de ses loyers. Aussi l'art. 1753 repousse-t-il les payements faits par anticipation, parce que la présomption est, en pareil cas, qu'ils sont simulés. Ajoutons qu'alors qu'ils ne seraient pas simulés, ils seraient une imprudence de la part du sous-locataire. C'est pourquoi l'art. 1753 n'en tient aucun compte, et les repousse de la manière la plus absolue.

540. Néanmoins, cette rigueur cesse lorsqu'ils ont été effectués en vertu d'une clause du bail ou en vertu de l'usage des lieux (1753). Souvent le sous-bailleur a stipulé que le loyer serait payé d'avance, et le sous-locataire qui s'est conformé à cette obligation ne peut être réputé avoir agi frauduleusement ou avec légèreté. Souvent aussi l'usage des lieux est de payer un terme d'avance en entrant, et ainsi de suite. L'article 1753 aurait été au delà des bornes s'il n'avait pas fait plier devant ce second cas la défaveur qui plane sur les payements anticipés.

541. Mais, à part ces deux exceptions, les payements faits par anticipation sont sans valeur au regard du propriétaire. Le sous-locataire est obligé de payer une seconde fois.

542. Quant aux payements non anticipés, aucune présomption défavorable ne le poursuit. Ils sont censés être faits de bonne foi, et c'est au propriétaire qui les signale comme fictifs à prouver la fraude : *Fraus non præsumitur.* Il est vrai qu'en prêtant à l'art. 820 du Code de procédure civile une signification trop étroite, on pourrait être induit à penser qu'il ne se contente pas de demander au sous-locataire la preuve des payements faits au sous-bailleur, et qu'il exige en outre qu'il justifie que sa libération a été sans fraude; mais l'art. 820, pris dans son véritable sens ne va pas aussi loin. Le législateur est satisfait quand des quittances valables établissent que le sous-locataire a payé sans anticipation. Il serait en contradiction avec notre article s'il attachait à tout payement quelconque une pensée de fraude que le sous-locataire devrait faire disparaître. Je le répète : la loi suppose la bonne foi. C'est au propriétaire qui prétend qu'on en a violé les règles à le prouver (11).

543. Mais les quittances sous seing privé pourront-elles être opposées au propriétaire? Oui sans doute. J'en ai donné les raisons au n° 327; elles sont applicables ici. Au reste, la jurisprudence est d'accord avec elles pour donner une pleine confiance à ces quittances, quoiqu'elles ne soient pas enregistrées, et l'opinion commune se rattache, sans dissidences, à cette idée.

544. Maintenant, il reste à examiner une question. Lorsque le propriétaire n'est payé ni par le preneur direct qui ne remplit pas ses engagements, ni par le sous-locataire qui a rempli les siens envers son sous-bailleur, ce propriétaire pourra-t-il faire prononcer la résiliation tant à l'égard du sous-locataire que du preneur direct?

L'affirmative, enseignée par M. Duranton (12), a été combattue par M. Duvergier (13), qui convient, du reste, qu'un arrêt de la deuxième chambre de la cour royale de Paris, rendu contre sa plaidoirie, a condamné son opinion.

Ce point ne peut faire difficulté qu'à raison des fausses couleurs dont ce dernier écrivain l'a environné. Pour moi, j'avouerai tout de suite que je préfère l'opinion de la cour royale à celle de son contradicteur. J'ai pesé avec scrupule les arguments de M. Duvergier; ils m'ont paru s'évanouir devant un examen sérieux.

Voici dans toute sa force le système que je vais réfuter. Je ne veux négliger aucune de ses faces et je chercherai même à le corroborer par quelques arguments que je proposerai d'office.

545. Sans doute, peut-on dire, l'art. 1741 prononce la résiliation du bail lorsque le preneur ne remplit pas ses obligations; mais le sous-locataire a satisfait aux siennes, et son droit ne devrait être effacé qu'autant que la maxime *Resoluto jure dantis, resolvitur jus accipientis* militerait impérieusement et inévitablement contre lui. Or, c'est ce qu'il ne me paraît pas facile d'admettre.

Il est de principe que la seule résolution du titre en vertu duquel le bailleur possédait, n'entraîne pas la résolution du bail qu'il a consenti, lorsque son titre l'autorisait à passer ce bail (14). L'art. 1673 en est la preuve (15). On peut ajouter que les baux faits par un grevé de substitution ou par un donataire, dont le droit a été révoqué, doivent être entretenus par l'appelé à la substitution et par le donateur (16). M. Toul-

(1) *Supr.*, n° 128.
(2) Art. 116 C. C.
(3) M. Duranton, du *Louage*, n° 161.
(4) *Supr.*, n° 128. Mon Comm. des *Hypoth.*, n° 151 *bis*, et Ferrières sur Paris (art. 171, glose 2, n° 22).
(5) V. ses notes sur cette loi (*Pand.*, lib., 20, t. 2, n° 8).
(6) *Rationalia*, sur cette loi, § 4.
(7) V. Ferrières au lieu précité.
(8) T. 1, n° 539. V. *infr.*, n° 547.
(9) *Infr.*, n° 547.
(10) Arg. de la loi 11, § 5, D. *De pignerat. act.* (Ulpien).
(11) M. Carré, *Lois de la procédure*, t. 3, p. 346; in-8°, sur l'art. 820. M. Duvergier, t. 1, n° 385.
(12) *Du Louage*, n° 159.
(13) T. 1, n° 539.
(14) M. Zachariæ, t. 3, p. 23.
(15) M. Toullier, t. 6, n° 576. *Supr.*, n° 100.
(16) M. Duranton, du *Louage*, n° 134.

lier va même jusqu'à enseigner que le maintien des baux a lieu quelle que soit la cause de la résolution (1); et l'on sait que la jurisprudence a appliqué cette idée au cas même où le droit du bailleur est résolu, parce qu'il n'avait pas accompli ses engagements envers son auteur; l'on a ratifié des baux passés par un adjudicataire dépouillé par l'effet d'une revente sur folle enchère (2).

De ces principes, veut-on passer aux textes? On en trouve dans le droit romain et dans le Code civil également favorables au sous-locataire.

Dans le droit romain! lisez la loi 11, § 5, au D. *de pignerat. action.* Ulpien décide formellement, dans ce fragment, que la sous-location produit tacitement entre le propriétaire et le preneur une obligation indépendante de celle du premier preneur. « *Videtur* « *autem* TACITÈ ET CUM DOMINO *ædium hoc convenisse*, « *ut non pactio cœnacularii* (3) *proficiat domino*, SED « SUA PROPRIA (4). » Vous l'entendez donc! Le propriétaire ne se prévaut pas du pacte intervenu au profit du sous-preneur; il se prévaut d'un pacte qui lui est propre. La conséquence de ceci n'est-elle pas qu'une pareille convention ne peut pas être résolue par le fait d'inexécution du locataire à qui elle est étrangère?

Aussi, voyez les art. 1753 du Code civil et 820 du Code de procédure civile! D'un côté, ils rendent le sous-preneur débiteur direct du bailleur; de l'autre, ils fixent la quotité et les conséquences de cette obligation. Eh bien! quand le sous-preneur a satisfait à cette obligation, ou est prêt à y satisfaire, comment pourrait-il encourir la peine de la résolution? Là où il y a engagement direct et personnel, la résolution ne peut procéder que d'une infraction à cet engagement; il est absurde d'aller en chercher la cause dans le manquement commis par une autre personne à un engagement tout différent.

546. Telle est l'argumentation qui limite pour les sous preneurs. Mais je crois que des raisons solides viennent lui enlever tout son prestige.

La sous-location est une émanation de la location primitive. C'est un fruit qui doit tomber avec l'arbre qui le porte.

Les exemples que l'on cite de baux qui survivent au droit du propriétaire apparent qui les a consentis, portent à faux. On ne fait pas attention que ce qui soutient les baux, c'est la bonne foi du preneur qui a cru traiter avec le propriétaire incommutable. Quand on prend une maison à loyer des mains d'un individu qui a le titre de propriétaire et qui stipule comme tel, on n'est pas tenu de discuter sa qualité et de remonter à l'origine de la propriété, comme si l'on voulait acheter. Le titre apparent suffit pour donner un fondement solide aux simples actes d'administration. Il protége par conséquent les baux contre les prétentions du propriétaire véritable qui se montre tardivement. En un mot, le propriétaire apparent est censé être, à l'égard des tiers, le mandataire du propriétaire véritable, pour administrer (5). Sous ce rapport, il y a solidarité entre la propriété effective et la propriété putative.

Mais ces principes ne peuvent être d'aucun secours pour celui qui tient son bail, non d'un propriétaire apparent, mais d'un locataire principal. Le sous-locataire a su qu'il contractait avec un individu dont le droit était résoluble; il a su que le point d'appui qui lui était offert était sujet à s'évanouir. Ayant marié son sort à une chance de résolution, il ne doit pas se plaindre quand arrive l'événement prévu et redouté. Il ne doit pas surtout se comparer, lui qui s'est associé à un simple locataire, à celui qui a cru de bonne foi ne s'associer qu'au droit de propriété.

547. Quant aux obligations personnelles que l'on trouve dans les art. 1753 du Code civil et 820 du Code de procédure civile, la conséquence qu'on en tire me paraît vicieuse de tout point; pour le démontrer, remontons à la loi 11, § 5, D. *de pignerat. act.* qui a engendré en partie ces articles, et dont je tirais tout à l'heure une objection en faveur du système que je réfute.

Ulpien se demande si les meubles du sous-locataire seront responsables pour la totalité de ce que doit le locataire direct ou seulement jusqu'à concurrence de ce que doit le sous-locataire, et il répond (comme l'art. 1753) qu'ils ne serviront de gage que pour le montant de la sous-location. Cependant il prévoit une objection. Ne répugne-t-il pas aux principes du droit que le propriétaire puisse profiter de la convention qui est intervenue entre le locataire et le sous-locataire? Mais, répond Ulpien, ce n'est pas cette convention qui est la source du droit du propriétaire, et qui lui donne un droit de gage sur le mobilier du sous-locataire jusqu'à concurrence du prix de la sous-location. Il faut supposer qu'il est intervenu entre le propriétaire et le sous-locataire une convention tacite (*tacitè convenisse*). Et d'où vient cette convention? de quels faits peut on la faire sortir? Elle vient d'une part de l'occupation des lieux par le sous-locataire, et de l'autre de l'acquiescement que le propriétaire a donné à cette occupation.

Écoutons en effet le commentaire du président Favre. « Videri tamen me cum eo ita convenisse; me « quidem, inferendo mea in eam partem ædium quam « à conductore priore conduxi; ipsum vero primum « locatorem, patiendo ea inferri. Cur enim passus « esset, nisi ut ea obligata haberet? Est itaque hæc « tacita quædam conventio, *quæ ex facto conductoris* « *et patientiâ locatoris inducitur*. »

Mais cette convention tacite lie-t-elle la personne du sous-locataire, ou bien ne donne-t-elle au propriétaire qu'un droit sur ses meubles? De plus, équivaut-elle entre le propriétaire et le sous-locataire à un bail proprement dit? Voilà deux points à examiner. Sur le premier, je n'opposerai pas au système que je combats que, d'après les meilleurs interprètes (6), cette convention tacite admise par Ulpien n'avait d'effet que sur les meubles du sous-locataire, et qu'elle ne liait pas sa personne; je ne me prévaudrai pas de cette conclusion du président Favre. « Itaque illatio bono-« rum secundi conductoris in ædes locatas, obliga-« tionem pignoris parere potest ex tacitâ quâdam « conventione, *sed personalem non potest*. » Cette distinction, très-légitime dans le droit romain (7), se soutiendrait mal dans le droit français, qui toujours

(1) N° 576, *loc. cit.*

(2) Cassat., 11 avril 1821 (S., 21, 1, 254); 16 janvier 1827 (S., 27, 1, 324). Paris, 25 janvier et 19 mai 1835 (S., 35, 2, 102 et 256).

(3) Le sous-locateur.

(4) M. Duvergier ne s'est pas prévalu de cette loi; mais comme elle semble au premier coup d'œil fournir un argument qui rentre dans sa thèse, je la range parmi les raisons de douter. On verra plus tard ce qu'il faut décider.

(5) *Supr.*, n°s 98 et suiv., la preuve de ceci.

(6) Favre (*Rat.*, sur la loi 11, § 4, D. *De pignerat. act.*, p. 614, col. 2).

(7) Du reste les avis avaient été partagés, d'après ce que nous apprend Bartole sur la loi *Solutum*, § *Solutam*, D. *De pignerat. act.*, n° 8.

s'est montré moins difficile sur la manière de former les engagements et moins scrupuleux sur la rigueur des actions; je reconnais donc que le sous-locateur est personnellement engagé (1); seulement, il faut savoir si c'est un bail qui fait la matière de cet engagement. Et c'est ici que les idées d'Ulpien et de ses commentateurs deviennent d'un grand poids.

548. S'il y avait un véritable bail entre le propriétaire et le sous-locataire, c'eût été bien inutilement que le célèbre jurisconsulte romain aurait imaginé toutes ces ingénieuses fictions pour expliquer leurs relations. Le titre de locataire n'aurait-il pas donné, sans tant de détours, la cause et les conséquences de l'obligation?

Mais Ulpien ne pouvait se tromper à ce point, et c'est précisément parce que l'engagement ne procède pas d'un bail, que le jurisconsulte va le chercher dans l'occupation. On a vu que c'est de l'occupation qu'il fait résulter par induction une convention tacite entre les parties. J'expliquerai tout à l'heure la portée de cette convention.

C'est aussi par l'occupation que nos écrivains français expliquent l'action directe et personnelle que notre droit a toujours donnée au propriétaire contre le sous-locataire (2). L'occupation des lieux par ce dernier est la source d'une indemnité pécuniaire que, d'après les principes français, il doit personnellement au premier. Or, l'occupation d'une maison moyennant une indemnité ne suffit pas à elle seule pour constituer un bail complet (3). Le bail veut que les parties soient convenues d'un certain temps à courir (article 1709). Ici, quel est le terme préfix? pendant combien de temps encore l'occupation devra-t-elle durer? cette occupation tolérée par le propriétaire pendant la durée du bail primitif, devra-t-elle lui être imposée, de force, après que ce bail aura été résolu? C'est là qu'est le côté faible de l'opinion que je réfute. Car enfin que prétendez-vous? que l'occupation sera réglée par le bail originaire? Ce bail est résolu. il n'a plus d'existence. Qu'elle doit trouver la loi de sa durée dans la sous-location? mais le propriétaire n'a pas été partie à ce second contrat, et vous ne pouvez lui opposer ce pacte. Ne dites pas, du reste, qu'il est censé l'avoir approuvé en cette partie. Quelque élastique que puisse être le système des conventions tacites, vous ne pouvez l'étendre jusque-là; consultez d'ailleurs Ulpien et ses savants interprètes. Jamais une pareille idée n'a surgi dans leur esprit. Quelles présomptions en effet ont-ils fait surgir de l'occupation? les deux que voici, et pas davantage.

D'abord, il y a lieu de croire que le propriétaire, en tolérant l'occupation, a voulu s'assurer une garantie de plus et trouver un nouveau gage dans les meubles du sous-locataire. Tel est le sens de ces paroles du président Favre : *Cur enim passus esset, nisi* UT EA OBLIGATA HABERET. Ainsi, ce n'est que comme assurance du principal locataire que le propriétaire est censé avoir souffert la sous-location. La convention tacite dans laquelle Ulpien le fait figurer n'est pas un pacte qui tourne contre lui, c'est une convention pour fortifier son droit. C'est pourquoi la Glose et Bartole considéraient le sous-locataire comme n'ayant engagé ses meubles qu'à la garantie de l'obligation contractée par le premier locataire, « *Et res illius secundi conductoris sunt obligatæ pro obligatione primi conductoris... obligatur pro obligatione primi conductoris usque ad quantitatem quâ ipse secundus conductor tenetur* (4). »

Dans notre droit français, le sous-locataire n'oblige pas seulement ses meubles, il oblige encore sa personne, c'est ce qui résulte de l'art. 1753. Mais n'importe! ce n'est jamais qu'à titre de sûreté de l'obligation contenue dans le bail principal. L'art. 820 du Code de procédure civile le décide en termes exprès. On ne saurait trop les méditer.

Voilà donc jusqu'où s'étend la première présomption tirée de l'occupation.

La seconde présomption d'Ulpien, c'est que le sous-locataire n'est pas censé avoir voulu s'engager pour tout ce que pourra devoir le premier locataire, mais qu'il ne s'est obligé tacitement que jusqu'à concurrence de ce que lui, second locataire, devait au premier (5).

Il est donc clair que le sort du sous-locataire est perpétuellement lié à celui du principal locataire; qu'il n'est que sa doublure et sa caution (6); que le propriétaire ne l'a souffert que pour corroborer ses garanties contre son débiteur; que si la contumace du principal locataire fait évanouir le bail, le propriétaire reste le maître du terrain.

549. Maintenant, comment a-t-on pu voir dans l'art. 1753 quelque chose de contraire à ces idées? Comment n'aperçoit-on pas, au contraire, qu'il les couvre de son autorité?

Il suppose, en effet, trois personnes en jeu, le propriétaire, le locataire et le sous-locataire; le locataire ne payant pas, et le sous-locataire étant débiteur envers lui d'une portion du prix de la sous-location. Notez, en effet, ces mots : *jusqu'à concurrence du prix de la sous-location* DONT IL PEUT ÊTRE DÉBITEUR *au moment de la saisie*. Débiteur envers qui? Évidemment envers le locataire qui lui a passé sous-bail. Ceci posé, n'est-il pas évident que l'art 1753 n'est pas fait pour le cas ou le locataire principal a été éliminé? Comment ne voi-on pas qu'il roule sur l'hypothèse où ce premier locataire est resté interposé entre le propriétaire et le locataire?

On voudrait, au contraire, que cet article servît d'argument pour le système qui, supprimant le locataire, oblige le propriétaire à souffrir l'occupation prolongée du sous-locataire. On prétend qu'il est fait pour gouverner non-seulement le temps passé avant la résolution, mais même le temps qui doit s'écouler postérieurement. Mais comment ce tour de force aurait-il quelque succès? On accordera que le locataire étant exclu par la résolution, le sous-locataire deviendrait dès lors locataire immédiat! Et cependant l'article 1753 ne parle que du *sous-locataire*. On avouera encore que le sous-bail serait transformé pour l'avenir en bail direct, et cependant l'art. 1753 ne parle que de *sous-location!* Et c'est en présence d'un tel antagonisme dans les positions, dans les idées et dans les mots, qu'on viendrait se prévaloir de l'art. 1753 ! Il est vrai qu'on a aussi invoqué l'art. 820 du Code de procédure civile! preuve bien manifeste des préoccupations qui abusent quelquefois les meilleurs esprits!

Concluons donc que le droit du sous-locataire, étant enté sur celui du locataire, doit périr avec lui.

(1) *Supr.*, n°s 128 et 538.
(2) *Supr.*, n° 538.
(3) *Supr.*, n° 11, un exemple.
(4) Bartole, sur la loi *Solutum*, § *Solutam*, D. *De pignor act.*
(5) V. le texte de la loi 11, § 5.
(6) Voyez (je le répète) l'art. 820 du C. de pr. c.

Article 1754.

Les réparations locatives ou de menu entretien dont le locataire est tenu, sont celles désignées comme telles par l'usage des lieux, et, entre autres, les réparations à faire

Aux âtres, contre-cœurs, chambranles et tablettes de cheminées;

Au recrépiment du bas des murailles des appartements et autres lieux d'habitation, à la hauteur d'un mètre;

Aux pavés et carreaux des chambres, lorsqu'il y en a seulement quelques-uns de cassés;

Aux vitres, à moins qu'elles ne soient cassées par la grêle ou autres accidents extraordinaires et de force majeure dont le locataire ne peut être tenu;

Aux portes, croisées, planches de cloison ou de fermeture de boutiques, gonds, targettes et serrures.

Article 1755.

Aucune des réparations réputées locatives n'est à la charge des locataires quand elles ne sont occasionnées que par vétusté ou force majeure.

Article 1756.

Le curement des puits et celui des fosses d'aisances sont à la charge du bailleur, s'il n'y a clause contraire.

SOMMAIRE.

550. Quelles réparations la loi a-t-elle mises à la charge du locataire?
551. 1° Pourquoi est-il tenu des réparations d'âtres, chambranles et tablettes de cheminées?
552. Ne peut-il être admis à prouver qu'elles ont été occasionnées par une cause indépendante de son fait?
553. Ces désignations d'objets à la charge du locataire ne sont pas limitatives.
554. 2° Le recrépiment du bas des murailles est à la charge du preneur, parce qu'il est présumé auteur du dégât.
555. 3° Réparations des pavés et carreaux des chambres. Sont-elles toujours aux frais du locataire?
556. *Quid* pour le pavé des cours, écuries, etc.?
557. En est-il de même du pavé des petites cours qui ne reçoivent pas de voitures?
558. Pavé des cuisines, offices, etc.
559. L'ébranlement et déchaussement des pavés n'est pas à la charge du locataire.
560. 4° Quand est-il tenu des réparations de vitres?
561. 5° Pourquoi les réparations de portes, croisées, etc., sont-elles à sa charge?
562. 6° Les réparations de l'aire d'un appartement non carrelé ne sont pas locatives.
563. 7° *Idem*, des escaliers avec dessus en aire de plâtre.
564. *Secùs*, si les marches sont carrelées.
565. 8° Les dépendances des escaliers sont à la charge du locataire.
566. 9° *Quid* des réparations de parquets?
567. 10° Le preneur doit réparer les dégâts causés aux portes par les chatières et serrures qu'il y pratique. Il en est autrement des trous qu'il perce dans la muraille pour attacher tableaux, patères, tringles, etc.
568. 11° La cassure des glaces, des bordures, moulures d'appartement, est à la charge du preneur.
569. 12° *Idem*, des tringles, poulies, etc.
570. 13° *Id.*, des balcons, grilles et grillages, et barreaux de fer.
571. 14° *Id.*, des dégâts causés par les chevaux à leurs mangeoires.
572. 15° *Id.*, des râteliers, piliers et barres d'écurie.
573. 16° *Id.*, du nettoiement des cheminées, lavage des vitres.
574. 17° Il en est autrement du curement des privés et des puits que nécessite leur usage.
575. 18° *Quid* des fourneaux, réchauds et paillasses de cuisine?
576. 19° Fours à la charge du preneur ou du bailleur suivant le dommage.
577. 20° Réparations des pierres à laver.
578. 21° Grille et tuyaux du lavoir.
579. 22° Réparations du ciment qui soude ces tuyaux au lavoir.
580. 23° Bris des barrières de charpente causés par les voitures; dommages causés aux auges et abreuvoirs.
581. 24° Entretien des pompes.
582. 25° Des tuyaux de descente des eaux pluviales et ménagères.
583. 26° Entretien des jardins, pièces d'eau, etc., attachés à la maison louée.
584. Nécessité d'entrer dans ces détails d'énumération pour prévenir les difficultés.
585. Principes généraux qui résultent de cette analyse : 1° le locataire n'est tenu que des dommages qui sont censés provenir de sa faute.
586. En second lieu, le locataire n'est pas tenu des dégâts résultant de l'emploi de la chose suivant son usage.
587. Troisièmement, ou du vice de la matière et du défaut de construction.
588. Quatrièmement, ou bien encore de la force majeure et de la vétusté.
589. En cinquième lieu, le locataire répond non-seulement de son fait, mais encore de celui des gens et animaux de sa maison.
590. Si la maison est occupée par plusieurs locataires, les réparations sont, dans le doute, à la charge du bailleur, contrairement à l'opinion de Pothier.
591. Quel est le tribunal compétent en matière de réparations locatives?
592. Payement des impôts, logement des militaires, etc., charges locatives.

COMMENTAIRE.

550. Nous avons vu, dans le commentaire des articles 1720 et 1732, que la loi a mis à la charge du locataire les réparations locatives; différentes en cela des réparations de gros entretien qui sont à la charge du propriétaire (1). Les art. 1754 et 1756 vont nous

(1) *Supr.*, n°s 175, 178, 337, 340, etc.

faire connaître ce que l'on doit entendre par réparations locatives dans les baux de maisons. Nous verrons ensuite, par l'art. 1755, dans quels cas le locataire est affranchi de cette responsabilité.

551. 1° D'abord on considère comme locatives les réparations à faire aux âtres, contre-cœurs, chambranles et tablettes des cheminées (1). La raison en est facile à comprendre : le législateur a pensé, avec raison, que les dégradations souffertes par ces objets sont causées par le fait du locataire, qui a jeté le bois sans précaution dans le foyer, qui a frappé les contre-cœurs par les coups reitérées des pelles et des pincettes, et qui, en poussant le feu trop vivement, a fait féler ou détériorer les tablettes et les chambranles.

552. Cependant, si la félure des marbres avait eu lieu par la mauvaise qualité de la matière, comme il arrive souvent par le fait des marbriers qui vendent comme sains des marbres tranchés par des fils, que leur art recouvre avec adresse, le locataire pourrait, en prouvant cette circonstance, échapper à la responsabilité de l'art. 1754 (2). Il pourrait prouver aussi que le dommage provient de vice de construction ou de toute autre cause étrangère à sa propre faute.

553. Notre article ne parle pas des croissants placés à droite et à gauche du foyer pour retenir les pelles et les pincettes. Mais leur conservation et leur entretien est aussi à la charge du locataire (3). L'art. 1754 n'est pas limitatif; il prend soin de déclarer lui-même qu'il ne fait qu'indiquer les cas les plus ordinaires.

554. 2° Notre article met encore au nombre des réparations locatives le recrépiment du bas des murailles des appartements et autres lieux d'habitation, à la hauteur d'un mètre. Le projet du Code civil soumis aux cours d'appel chargeait le locataire du recrépiment *du bas des murailles*. La cour de Poitiers fit observer, avec raison, que cette expression laissait des prétextes à contestation sur l'étendue en hauteur de ce recrépiment, et elle demanda que cette hauteur fût fixée à un mètre (4). Ce sage amendement est passé dans la loi.

On aperçoit encore ici la raison de l'obligation que l'art. 1754 impose au locataire. C'est lui ou ses gens qui, en déplaçant les meubles, en posant des tables et des chaises près des murailles, ont pu endommager l'enduit qui les recouvre : le locataire doit donc les recrépir à ses frais.

555. 3° Les pavés et carreaux des chambres doivent être réparés par le locataire; peu importe qu'ils soient de terre cuite, de pierre ou de marbre. C'est le locataire qui les a cassés ou félés soit en les frappant trop rudement, soit en laissant tomber des corps durs, etc.

Remarquez cependant que si la plus grande partie des carreaux se trouvait cassée, félée ou feuilletée, la présomption ne tournerait plus contre le locataire, et c'est contre le propriétaire qu'elle militerait. Pourquoi ce tempérament apporté par l'art. 1754 à la responsabilité du locataire? C'est qu'il est plus vraisemblable que, dans ce cas, le mauvais état des carreaux tient à la qualité vicieuse de la matière, ou provient de vétusté ou d'une force majeure préjudiciable.

556. Quant au pavé des cours destinées à recevoir des charrettes et des voitures, il est toujours à la charge du propriétaire (5). A la vérité, l'art. 1754 ne s'explique pas à cet égard ; mais on pressent la raison qui vient suppléer à son silence. On ne peut imputer au locataire des détériorations forcément occasionnées par l'usage de la chose suivant sa destination.

Le pavé des écuries, sans cesse fatigué et détérioré par les coups de pied des chevaux, est aussi à la charge du propriétaire (6). C'est une conséquence de la destination de la chose et non pas de la faute du locataire.

Même décision pour le pavé des remises, bûchers, halliers, etc.

557. Il en est autrement du pavé des petites cours où il n'entre ni charrettes ni carrosses. Le locataire est censé les avoir cassés; car, quelle autre cause les aurait endommagés, puisque ces cours ne sont pas fatiguées par la pesanteur des voitures ou par des choses d'un grand poids (7)?

558. Le pavé des cuisines, offices et autres lieux semblables est dans les mêmes conditions (8). La cassure et la félure restent au compte du locataire.

559. Mais le simple ébranlement ne doit pas lui être imputé. En voici la raison :

Dans les cours, ce qui déchausse et ébranle les pavés, ce sont les intempéries de l'air, les gouttières, les égouts. De telles causes ne sont pas imputables au locataire.

Dans les cuisines et offices, il y a une autre cause d'ébranlement : c'est le lavage continuel qu'on est obligé d'y faire pour la propreté, et qui altère les ciments. Ce lavage, rentrant dans l'usage ordinaire auquel ces lieux sont destinés, ne saurait être une cause de dédommagement par le locataire (9).

560. 4° Les vitres cassées ou félées doivent aussi être rétablies par le locataire. Il est présumé être l'auteur de la dégradation, soit par sa maladresse, soit par son défaut de soin ; mais cette présomption cesse quand il est prouvé que la cassure est le résultat d'un fait de force majeure inévitable. L'article 1754 donne la grêle pour exemple d'accidents extraordinaires de nature à disculper le locataire. Toutefois, il faudra examiner si le locataire ne pouvait s'en garantir en tenant les persiennes ou les contrevents fermés lorsque l'orage commençait à se montrer. Virgile a très-bien dit :

> ... *Nunquam imprudentibus imber*
> *Obfuit* (10).

561. 5° Sont aussi réputées locatives, d'après l'art. 1754, les réparations à faire aux portes, aux croisées, aux planches de cloison ou fermeture de boutiques, aux gonds, aux targettes, aux serrures. A la vérité, le locataire pourrait objecter, non sans fondement, que le frottement continuel des clefs altère nécessairement et use la garniture des serrures, sans qu'il y ait de sa faute; mais on répond que rien n'est plus facile que de forcer la garniture d'une serrure lorsqu'on l'ouvre sans précaution, et que, dans le doute, il vaut mieux prévenir les abus qui pourraient résulter de la mauvaise volonté des locataires en les chargeant de l'entretien des serrures. Tel est le vœu de l'art. 1754, conforme à l'opinion de Goupy (11).

(1) Pialès, *Des réparations*, t. 1, p. 41. M. Merlin, Rép., v° *Bail*, § 8. Desgodets, Goupy, Lepage, Bourjon, t. 2, p. 47.
(2) Goupy, sur Desgodets.
(3) Pialès, *loc. cit.*, p. 44, d'après Goupy.
(4) Fenet, t. 5, p. 317.
(5) Pialès, *loc. cit.*, p. 45. Répert., v° *Bail*, § 8, p. 566.
(6) Pialès, *loc. cit.*
(7) Pialès, Goupy, Merlin (*loc. cit.*).
(8) Id.
(9) Id.
(10) *Géorgiq.*, I, 374.
(11) Répert., v° *Bail*, p. 566, col. 1; in-8°, p. 349, n° 10. Ainsi,

562. Ici s'arrête l'énumération donnée par l'article 1754. Il renvoie, pour le surplus, à l'usage des lieux.

Or voici à cet égard quelques nouveaux détails.

6° Si les pièces de l'appartement ne sont pas carrelées, on ne regarde pas comme réparations locatives les trous qui se font dans les aires du plâtre (1), car le moindre frottement suffit pour occasionner ces trous, et dès lors on ne peut dire qu'ils proviennent de la faute du locataire.

563. 7° C'est aussi pour cela qu'on ne met pas à la charge du locataire les trous des marches des escaliers dont les dessus sont avec aire de plâtre.

564. Mais si les marches sont carrelées entre le bois, les carreaux qui se cassent ou se déplacent sont réparés par le preneur. L'art. 1754 nous fournit ici un argument tout à fait concluant.

Toutefois, il se présente une difficulté sérieuse, dans le cas où la maison est occupée par plusieurs locataires. Je l'examinerai tout à l'heure au n° 590, et j'établirai, contre l'autorité de Pothier, que les locataires, n'étant pas garants les uns des autres, cessent d'être responsables.

565. 8° Les dépendances des escaliers, telles que les vitres des croisées qui les éclairent, les rampes, les lanternes, sont gouvernées par les règles posées au n° précédent (2).

566. 9° Le preneur est tenu de réparer les panneaux ou battants du parquet qui se trouvent cassés ou enfoncés par violence; mais si le parquet était détérioré dans une grande partie, on appliquerait ici, par analogie, la décision de l'art. 1755, § 3 (3).

567. 10° Le locataire qui fait percer une chatière dans une porte est tenu de faire remettre la planche entière où le trou a été pratiqué.

Pareillement, s'il a fait placer une seconde serrure à une porte, et qu'à cet effet il ait pratiqué des entailles pour la mettre en place, le bailleur pourra exiger qu'il soit remis une planche neuve à la place de celle à laquelle on aura travaillé, quand même on n'y aurait fait qu'un trou pour passer la clef.

Mais je pense qu'il en est autrement des trous que le preneur pratique dans les murs ou dans les plafonds pour accrocher les tableaux, poser des patères, des tringles, des couronnes de lit, etc.; car alors il n'a fait qu'user de la chose suivant sa destination. C'est en quoi ce cas diffère du précédent, où le locataire avait fait un acte de dégradation qui ne rentrait pas dans la destination et dans l'usage de la chose.

568. 11° Le preneur répond encore de la cassure des glaces, à moins qu'il ne justifie que le dommage provient du gonflement des plâtres ou de ce que les bois des parquets se sont déjetés.

Il répond aussi des bordures, moulures, sculptures et ornements qui existent dans l'appartement et qu'il est censé avoir reçus en bon état.

569. 12° Il en est de même des tringles de fer, des croisées qui portent des rideaux, des poulies, des croissants.

570. 13° Il doit encore entretenir les balcons et grilles de fer des enroulements qui viennent à manquer aux barreaux.

Les treillis de fil de fer ou de laiton qui sont endommagés autrement que par vétusté sont aussi à sa charge.

571. 14° Il est d'usage de mettre au rang des réparations locatives les trous pratiqués dans la maçonnerie des mangeoires des chevaux. Si le devant d'une mangeoire se trouve rongé par le cheval, le locataire est obligé d'en faire remettre une autre.

La raison de ceci est que ce dommage est l'effet d'un vice des chevaux et non le résultat de la destination de la chose, comme dans le cas examiné au n° 556.

572. 15° Si les râteliers sont endommagés autrement que par vétusté, c'est au locataire à les réparer, ainsi que les piliers et les barres qui servent à séparer les chevaux.

573. 16° Le nettoiement des cheminées, le lavage des vitres sont à la charge du locataire.

574. 17° Mais le curement des puits et des fosses d'aisances est une dépense du propriétaire, à moins de clause ou d'usage contraires (4); l'art. 1756, qui le décide ainsi, est en harmonie avec l'ancien droit. En effet, l'encombrement des privés est une suite de leur destination. Quant à celui des puits, il peut provenir du fait des locataires antérieurs, et d'ailleurs il est peu facile à reconnaître lorsqu'on entre en jouissance. Enfin, un puits n'est-il pas souvent commun (5)?

L'entretien des cordes et des seaux est seul à la charge des locataires (6).

575. 18° Suivant Goupy et M. Merlin, l'usage est que le bailleur reste chargé des murs, voûtes et planchers des fourneaux, et que le preneur entretienne le carreau placé sur les planchers qui reçoivent les cendres des réchauds et celui qui est au-dessus des fourneaux; le preneur doit aussi rétablir les réchauds potagers, lorsqu'il y en a de cassés, et les grilles, lorsqu'elles sont brûlées.

Quant aux *paillasses* de cuisine, le locataire n'est tenu que du carreau de dessus. On appelle ainsi de petits massifs de maçonnerie carrelés par-dessus, élevés de terre de 1 pied ou de 15 pouces de hauteur, et sur lesquels on met du charbon pour faire cuire doucement les viandes.

576. 19° Quant aux fours, l'usage est que le bailleur en entretienne les murs et la cheminée, ainsi que la voûte inférieure, s'il y en a une, le locataire n'est tenu de réparer que l'aire du four et la voûte intérieure, qui est soumise immédiatement à l'action du feu.

577. 20° Si les pierres à laver la vaisselle viennent à être cassées ou écornées, durant le bail, c'est au locataire à les réparer. Cependant si le dommage avait

dans le doute, on présume qu'il y a faute tant que le locataire ne prouve pas le contraire, ce qui est conforme à ce que j'ai dit nos 222, 342, 363, 364; car il n'y a force majeure qu'autant que toute idée de faute est exclue.

(1) Répert., vo *Bail*, § 8.

(2) *Ibid.*, *loc. cit.*, p. 566; in-8o, p. 347, no 1.

(3) *Supr.*, no 555.

(4) La cour de Montpellier, dans ses observations sur l'art. 44 (Fenet, t. 4, p. 461), semble indiquer qu'il y en a dans les localités de son ressort.

Le propriétaire d'une maison louée avant le Code ne peut invoquer, soit le principe que la propriété du sol emporte la propriété du dessus et du dessous, soit les dispositions de l'art. 1756 du Code civil, pour s'attribuer la propriété du contenu en la fosse d'aisances de la maison louée. Le propriétaire serait admis à établir que, d'après l'usage des lieux, le contenu appartient au propriétaire et non au locataire de la maison. Cet usage pourrait être prouvé par tous moyens de droit. (5 janvier 1834, C. de Brux., Jurisp. de Belg., 1835, 2, 76.) (*Édit. belge.*)

(5) V. Observat. du trib. de cassation (Fenet, t. 2, p. 731). Sur cette dernière raison, V. *infr.*, no 590.

(6) Id.

été l'effet de quelque fil qui se serait trouvé dans la pierre, la réparation concernerait le bailleur. Il en serait de même si la pierre se trouvait creusée par vétusté, à cause du long usage.

578. 21° Il arrive souvent qu'il y a un tuyau de plomb pour recevoir les eaux du lavoir, avec une petite grille de plomb pour empêcher l'engorgement de ce tuyau. Lorsque cette grille est enfoncée ou rompue, le locataire est tenu de son rétablissement. On présume que le dommage a été causé par la pesanteur des objets qu'il a placés dessus.

579. 22° Goupy condamne avec raison la pratique des experts qui mettent au compte du locataire la réparation de la soudure en mastic qui unit la pierre à laver à son tuyau de plomb. C'est là en effet une dépense du propriétaire qui est responsable de n'avoir pas fait la jonction d'une manière plus solide, et qui, par une économie mal entendue, a préféré une soudure de mastic à une soudure de plomb. Le locataire ne doit pas être chargé d'entretenir une chose à laquelle le bailleur a négligé de donner la solidité convenable.

580. 23° Goupy, dont l'opinion est approuvée par M. Merlin, critique aussi l'usage dans lequel on est quelquefois de faire payer au locataire les barrières de charpente que brisent les voitures qui entrent dans les cours et remises de la maison louée.

Il étend la même critique au payement qu'on exige du locataire pour le dommage causé aux auges de pierre destinées à abreuver les chevaux, et aux bornes que les cochers écornent quelquefois par défaut de dextérité. Il se fonde sur ce que les bornes et les barrières ne sont établies que dans l'intérêt du bailleur, et pour préserver les murs; que, ne donnant au locataire aucune utilité, celui-ci ne doit pas être chargé de les entretenir. Quant aux auges, le bailleur devait les contre-garder avec du fer pour empêcher les voitures de les endommager.

Je pense, toutefois, qu'il vaut mieux suivre le sentiment de Lepage.

La maladresse des cochers est un fait dont les locataires qui les emploient sont responsables. Quand les bornes sont de pierre, et que la largeur de la porte charretière est suffisante pour le jeu des voitures, la cassure est évidemment un fait étranger au propriétaire, et dont l'art. 1382 du Code civil oblige le locataire à lui faire raison.

Je ne vois pas non plus pourquoi le propriétaire devrait faire garnir les auges de fer : la pierre est une matière assez dure pour que l'auge serve à sa destination.

581. 24° Le piston, la tringle de fer qui le fait mouvoir et le balancier des pompes sont à l'entretien du locataire. Mais si la pompe est à l'usage commun de plusieurs locataires, on se réglera suivant ce qui sera dit *infrà* n° 590.

582. 25° Les tuyaux de descente pour conduire les eaux pluviales et ménagères ne sont pas à la charge du locataire. Leur engorgement est un accident dont le propriétaire est seul responsable.

583. 26° Lorsqu'il y a un jardin attaché à la maison louée, le locataire doit l'entretenir. Les allées doivent être rendues dressées et sablées; il faut que les gazons, bordures et plates-bandes soient entretenus en bon état. Mais je ne pense pas que les abrisseaux qui meurent naturellement pendant le bail doivent être remplacés; c'est un fait de force majeure non imputable au locataire (1).

Lorsqu'il y a des treillages et portiques de treillages, le locataire n'est tenu que de ce qui peut se trouver cassé par violence, et non du dommage causé par les vents ou par une longue suite d'années.

S'il y a des bassins ou jets d'eau, le locataire doit réparer les tuyaux lorsque la gelée les a fait crever; car il a négligé d'en ôter l'eau pendant l'hiver; il doit aussi entretenir les robinets.

Si les réservoirs étaient endommagés, parce que le locataire n'aurait pas eu soin de les faire décharger durant la gelée, la réparation serait à son compte.

En ce qui concerne les vases de fleurs et les bancs que le propriétaire a laissés dans les jardins, l'usage est de ne mettre au compte du locataire que ceux de ces objets qui sont de faïence, de fonte ou de fer, parce que, s'il arrive qu'ils soient endommagés autrement que par vétusté, il est raisonnable de présumer que la faute du locataire en est cause. Mais si ces objets sont en marbre, en pierre ou en terre cuite, le locataire est affranchi, attendu qu'ici les dégradations peuvent provenir de l'intempérie de l'air; sauf au propriétaire à prouver qu'ils ont été rompus par violence. Telle est la distinction de Goupy; l'usage y est conforme.

584. Terminons ici ces longs détails : ils pourront paraître minutieux. Mais il était nécessaire de fixer l'esprit du lecteur sur des usages et des règles qui ont exercé la patience d'habiles praticiens. Ce sont des points secondaires, sans doute, et de peu d'intérêt. En droit, il y a des difficultés partout, même dans les bagatelles : *In tenui labor.*

585. Du reste, quelques principes viennent se dégager de cette analyse. Nous les résumerons ici. Le premier, c'est que le locataire n'est chargé des réparations locatives que parce que le dommage qui les a nécessitées est censé provenir de sa faute, c'est-à-dire d'un défaut de précaution dans l'usage de la chose qui a été confiée à sa garde. Toutes les réparations locatives dont nous avons donné l'énumération, se réfèrent à cette règle; du reste, je l'avais déjà posée au n° 175.

586. Le second principe, c'est que le locataire n'est pas chargé des dépenses d'entretien lorsque les faits qui les ont rendues nécessaires rentrent dans l'usage naturel de la chose et sont la conséquence de sa destination (2). Nous en avons vu la preuve aux n°s 556, 559, 562, 565, 567, 574, 577 (3).

587. Le troisième principe est que le locataire est également affranchi quand la dégradation provient du vice de la matière ou du défaut de construction. C'est ce qui résulte des n°s 552, 555, 565, 568, 577, 579.

588. Le quatrième principe, est que le locataire trouve une nouvelle excuse dans la force majeure et dans la vétusté. L'art. 1755 consacre, du reste, en termes exprès cette vérité. Elle ressort des exemples posés aux n°s 560, 577, etc., etc. (4).

Au surplus, nous ne nous étendrons pas ici sur la définition de la force majeure et de la vétusté que le Code civil, d'accord avec les lois romaines, place toujours sur la même ligne. Je renvoie à ce que j'ai dit, à cet égard, dans mon commentaire de l'art. 1722, n°s 205 et suiv., et dans mon commentaire de l'article 1732, n°s 339 et suiv.

589. Le cinquième principe, déjà écrit dans l'ar-

(1) *Contrà*, M. Duvergier, t. 2, p. 45, n° 24.

(2) V. mon Comm. de la *Vente*, n° 728, où je cite des autorités.

(3) V. *supr.*, exception, n° 182. Voyez aussi un exemple de notre principe au même numéro.

(4) V. *supr.*, usage contraire en fait de bail de moulin, n° 182.

ticle 1753, est que le locataire répond non-seulement de son propre fait, mais encore de celui de ses gens, ainsi que des dommages occasionnés par les animaux vicieux qui sont sous sa garde. Les exemples ressortent des nos 371, 380.

590. Mais le locataire ne répond pas du fait des autres locataires qui jouissent avec lui de certaines parties de la maison. A ce propos, il convient d'examiner la question suivante, qui me semble avoir été mal résolue par Pothier.

Lorsque la maison est occupée par plusieurs locataires, qui doit supporter les réparations locatives des choses destinées à l'usage de tous, comme l'escalier, les cours, les passages et corridors, la pompe, etc., etc.?

Pothier tient, contre Goupy, que tous les locataires sont responsables (1). Je pense, au contraire, avec M. Merlin (2) que c'est le bailleur qui doit faire les réparations; car la présomption que la loi élève contre le locataire qui occupe les lieux exclusivement, ne peut être invoquée lorsque les lieux sont communs à tous les habitants d'une maison. Ici n'existe pas la disposition rigoureuse de l'article 1736 (3). Les lieux ne sont pas confiés à la garde particulière de chacun des locataires; celui-ci n'a pu veiller sur celui-là; aucun d'eux n'a entendu être garant de l'autre (4). C'est par cette raison que le tribunal de cassation expliquait la disposition de l'art. 1756 qui met le curement du puits à la charge du bailleur (5). Le bailleur n'a qu'un moyen à prendre, c'est de stipuler que chaque locataire contribuera proportionnellement aux réparations locatives des choses communes.

Il est bien entendu, du reste, que notre décision cesserait, si l'on connaissait quel est celui des locataires qui est l'auteur de la dégradation.

591. Nous venons de voir ce qui concerne la charge des réparations locatives. Quant aux actions auxquelles elles donnent lieu, et au tribunal compétent, je me suis expliqué ci-dessus au no 348.

592. Il y a d'autres obligations imposées aux locataires en ce qui concerne les impôts, le logement des gens de guerre, et le balayage des rues. Je renvoie là-dessus à ce que j'ai dit *suprà* nos 332 à 336.

Article 1757.

Le bail des meubles fournis pour garnir une maison entière, un corps de logis entier, une boutique ou tous autres appartements, est censé fait pour la durée ordinaire des baux des maisons, corps de logis, boutiques ou autres appartements, selon l'usage des lieux.

SOMMAIRE.

COMMENTAIRE.

593. Le titre du louage parle quelquefois du louage des meubles (art. 1711 et 1713); mais notre article est le seul qui contienne une disposition réglementaire qui le concerne spécialement, et encore ne s'occupe-t-il que des meubles destinés à garnir des lieux destinés à l'habitation. Au surplus, lorsque l'occasion s'est présentée de montrer l'application des principes généraux aux baux de meubles, je l'ai saisie avec empressement. On en trouvera des preuves aux nos 110, 160, 176, 461, etc.

594. Venons à l'objet même de notre article.

Lorsqu'on a loué sans terme préfix des meubles destinés à garnir une maison entière, un corps de logis, une boutique, un appartement, la loi trouve dans la destination des meubles une suffisante indication du terme que les parties sont censées avoir voulu apposer à leur convention; elle veut que le bail soit censé fait pour la durée ordinaire des baux des maisons, corps de logis, boutiques et autres appartements, d'après l'usage des lieux. Ceci est conforme à la règle que le bail des meubles est présumé devoir se prolonger pour le temps nécessaire au but que le locataire s'est proposé en prenant la chose à location (6).

595. Le projet d'article soumis au conseil d'État (7) avait pensé que lorsque le bail de meubles dont s'occupe notre art. 1757, avait été fait sans terme, il convenait que la loi lui donnât elle-même, autant que possible, une durée uniforme pour tous les pays, et qu'elle ne s'en référât aux usages des lieux, qu'autant que certaines habitudes locales demanderaient à être respectées. Il décidait, en conséquence, 1° que le bail

(1) No 223.
(2) Vo *Bail*, § 8, p. 166, col. 1. *Junge* M. Duvergier, t. 2, no 25.
(3) *Supr.*, no 377.
(4) Lepage, *Lois des bâtiments*, p. 2, page 269.
(5) *Supr.*, no 574.
(6) Pothier, no 31.
(7) L'art. 15 (Fenet, t. 14, p. 219). Locré, t. 7, p. 161, no 14.

de meubles fournis pour garnir une maison entière fût censé fait pour un an ; 2° que celui des meubles garnissant un corps de logis entier ou une boutique fût censé fait pour six mois ; 3° que le bail des meubles fournis pour garnir tous autres appartements fût censé fait pour la durée ordinaire des baux desdits appartements, suivant l'usage des lieux.

Mais lorsque la discussion s'engagea au conseil d'État, M. Tronchet dit que, pour mettre l'art. 1757 en harmonie avec l'art. 1736, qui, en ce qui concerne le délai des congés, s'en réfère à l'usage des lieux, il fallait renoncer à faire une règle limitative, et qu'il valait mieux donner dans tous les cas la préférence aux usages locaux (1). Cette proposition amena la rédaction qu'on lit aujourd'hui dans l'article 1757 ; mais j'avoue que le projet de loi me paraît mieux entendu et plus digne du législateur que l'article adopté (2).

596. Quoi qu'il en soit, et puisque la loi le veut, indiquons quelques-unes des coutumes locales qui fixent la durée des baux des maisons, appartements, boutiques, etc.

Et d'abord nous avons parlé aux nos 408, 409, 410, 412, des usages d'Orléans, de Montargis, Lille, Reims, Toulouse, Normandie, où les baux sont censés faits pour un an.

Il en est de même à Rennes, dans le Bourbonnais (3), dans l'Auvergne, où il y a ce proverbe connu : *La clef porte un an.*

En Touraine, une maison entière, une auberge, une boutique, sont aussi présumées avoir été louées pour l'année ; un appartement pour six mois (4).

A Blois, les locations sont annales (5), ainsi qu'à Marseille et dans le Berry.

On voit par ces détails que les locations annales sont très-nombreuses.

597. Dans d'autres localités, les baux sans convention de temps sont censés avoir une durée indéfinie ; ils se prolongent d'un terme de payement à un autre, jusqu'à ce qu'un congé intervienne pour les faire cesser. Tel est l'usage à Paris (6), à Bordeaux et dans beaucoup d'autres villes et provinces.

598. Lorsque le louage des meubles destinés à garnir une maison, un appartement, etc., a été fait à tant par an, tant par mois, tant par semaine, je crois que cette convention a un sens précis qui écarte l'application de l'art. 1757, lequel n'a été fait que pour le cas où aucune circonstance particulière ne vient révéler l'intention des parties. L'art. 1758 veut que lorsqu'une convention semblable intervient dans la location d'un appartement garni, la location soit censée faite à l'an, au mois, à la semaine, etc. Or, il me semble que cet article s'applique à plus forte raison à la simple location des meubles, et qu'il donne par analogie l'interprétation véritable de la clause en question (7).

599. Si l'appartement est loué par un bail écrit contenant un temps expressément déterminé, et que le locataire des meubles n'ait pas indiqué ce temps au propriétaire, le bail des meubles destinés à le garnir n'en sera pas moins censé fait pour le temps que l'usage des lieux détermine. La raison de cette opinion, que j'emprunte à M. Delvincourt (8), c'est que le loueur de meubles ne connaît pas les stipulations secrètes du bail écrit, et que le preneur, en les lui laissant ignorer, lui a donné un juste sujet de croire que sa position était réglée par l'usage des lieux.

Mais si le locataire a donné connaissance au propriétaire des meubles de son bail écrit, le louage des meubles sera censé s'accorder avec le temps que le contrat détermine (9).

600. L'art. 1757 semble supposer que la maison, l'appartement, la boutique, qui doivent être garnis par les meubles, sont tenus à loyer, et, dans le doute, il veut que le bail du contenant impose au bail du contenu les conditions de temps auxquelles il est soumis. Mais si la maison n'était pas occupée à titre de bail, l'art. 1757 continuerait-il à être applicable ? Par exemple : J'ai une maison de campagne que je viens d'acheter, et avant que je n'aie fait revenir de Paris le mobilier dont je veux la garnir, je loue chez un tapissier des environs les meubles qui me sont provisoirement nécessaires. Au bout de 3 mois, je lui signifie qu'il vienne les reprendre. Mais il prétend que je les lui ai loués à tant par an, qu'ainsi le bail est censé avoir été fait pour une année (10). Moi, au contraire, je soutiens que nous avons traité à tant par mois, et au milieu de ce conflit le juge reste sans moyens d'arriver à la vérité. Dans ce doute que devra-t-il faire ? Prendra-t-il sa règle dans l'art. 1757 ? ou bien ira-t-il chercher une analogie dans le paragraphe final de l'art. 1758 (11) ?

Contre le premier sentiment, on peut dire que quand c'est un propriétaire de maison qui prend des meubles à loyer pour la meubler, le motif de l'article 1757 manque ; car cet article repose sur cette idée que le locataire, ayant besoin des meubles pendant tout le temps qu'il a loué la maison, est présumé les avoir pris pour ce même temps ; mais qu'ici la qualité de propriétaire change cette combinaison du législateur, et renverse sa présomption. Néanmoins je pense que l'art. 1757 doit prévaloir ; il n'est pas assez exclusif dans ses termes pour qu'on ne puisse l'appliquer qu'au locataire de maison exclusivement.

601. La tacite réconduction a lieu en fait de meubles. Je renvoie à ce que j'ai dit à ce sujet au no 461.

Article 1758.

Le bail d'un appartement meublé est censé fait à l'année, quand il a été fait à tant par an ;
Au mois, quand il a été fait à tant par mois ;
Au jour, s'il a été fait à tant par jour.

(1) Fenet, t. 14, p. 283. Locré, *ut supr.*
(2) V. *supr.*, no 401, les observations des cours.
(3) Art. 124 de la cout.
(4) Cottereau, nos 3348, 3436, 3437, 3438.
(5) Fourré (Comment. de la cout.).
(6) M. Duranton, du *Louage*, no 168. M. Duvergier, t. 2, no 42. M. Delvincourt, t. 3, p. 200, note 2 de la page 104 ; in-8° t. 7, p. 244.
(7) Pothier, no 30.
(8) T. 3, p. 202, note 3 ; in-8°, t. 7, p. 244.
(9) M. Duvergier, t. 2, no 233.
(10) *Supr.*, no 598.
(11) *Infr.*, no 603.

Si rien ne constate que le bail a été fait à tant par an, par mois ou par jour, la location est censée faite suivant l'usage des lieux.

SOMMAIRE.

602. Objet de l'article.
603. Quand un appartement meublé est loué à tant par an, mois ou semaine, le législateur veut que le bail soit censé fait pour une année, un mois, une semaine, etc., quels que soient d'ailleurs les usages locaux.
604. Cette disposition n'est applicable qu'aux baux d'appartements *garnis*.
605. Quant aux baux d'appartements non garnis, leur durée est fixée par les coutumes locales.

COMMENTAIRE.

602. L'article 1758 s'occupe des baux d'appartements garnis.

Il prévoit deux hypothèses : 1° celle où les parties ont déterminé le temps de la location en la fixant à l'année, au mois, au jour ; 2° celle où, le temps n'ayant pas été déterminé, il faut s'en rapporter aux usages des lieux (1).

603. Ainsi la convention que le locataire d'un appartement garni payera tant par semaine ou par jour, etc., a un sens précis que l'art. 1758 détermine positivement. Cet article veut que le bail ait pour limites naturelles celles indiquées par le prix. Tout usage contraire serait insuffisant pour modifier cette règle. Les effets de la convention sont expliqués ici par le souverain interprète, par le législateur (2) ; je m'étonne donc que M. Delvincourt ait cru qu'on pouvait lui opposer l'usage des lieux (3) ; cet auteur n'a émis cette opinion, dont on verra du reste le prétexte au n° 605, que parce qu'il a perdu de vue la discussion du conseil d'État. Il y aurait appris que MM. Berlier et Tronchet établirent très-positivement que l'usage des lieux ne pourrait être invoqué que dans le cas du dernier paragraphe de l'art. 1758, et jamais dans la première hypothèse qu'il embrasse.

Il paraît qu'à Paris l'usage des lieux est, en l'absence de toute convention, de considérer les appartements garnis comme loués pour le terme de 15 jours (4).

604. Au surplus, la règle que la convention de payer tant par an, par mois, par semaine ou par jour fixe par cela même la durée du bail à un an, un mois, une semaine, un jour ; cette règle, disons-nous, n'est invariable que pour les locations d'appartements garnis (5) ou de meubles (6). Mais s'il s'agissait d'une maison vide, il ne faudrait pas la considérer comme décisive, et l'on donnerait la préférence à l'usage des lieux. Ainsi, par exemple, à Paris, un bail fait à tant par an, ne serait pas censé fait pour une année ; ce serait un bail d'une durée indéterminée qui pourrait cesser à un terme autre que celui de l'année, et même avant la fin de l'année, moyennant un congé donné en temps utile (7) ; la fixation du prix à tant par an n'a pour objet, dans le cas dont nous parlons, que de régler la somme que devra payer le locataire, eu égard au temps de son occupation, et ce payement se fait par quartiers de 3 en 3 mois pour les maisons, et de 6 en 6 mois pour les boutiques. A chaque quartier, chaque partie peut résilier en se donnant congé.

605. Je sais qu'il peut paraître extraordinaire que le bail d'une maison vide à tant par an puisse être résilié au bout de 3 ou 6 mois ; tandis que celui d'une maison garnie à tant par an devra subsister un an. Quoi qu'il en soit, l'art. 1758, qui prévoit ce dernier cas, est formel ; il est supérieur à l'usage. Pour le premier, au contraire, il faut suivre la coutume locale, et quand on se place sur ce terrain, il faut s'attendre à ne pouvoir tout expliquer rationnellement.

ARTICLE 1759.

Si le locataire d'une maison ou d'un appartement continue sa jouissance après l'expiration du bail écrit, sans opposition de la part du bailleur, il sera censé les occuper aux mêmes conditions pour le terme fixé par l'usage des lieux, et ne pourra plus en sortir ni en être expulsé qu'après un congé donné suivant le délai fixé par l'usage des lieux.

SOMMAIRE.

606. De la réconduction des maisons. — Questions qu'elle soulève.
607. Après quel délai la continuation de possession du locataire fait-elle présumer la réconduction?
608. Coutumes remarquables de Bourbonnais, d'Aurillac et Auxerre sur cette matière.
609. Le Code civil ne fait plus dépendre la réconduction que de la continuation de jouissance du preneur.
610. Coutumes qui rentraient dans ce système.
611. Malgré l'abrogation des coutumes, elles peuvent encore servir aux juges de moyen d'interprétation.
612. Pour combien de temps se fait la réconduction tacite.

(1) Tronchet (Fenet, t. 14, p. 239). Locré, t. 7, in-8°, p. 161, n° 15.
(2) M. Berlier (id., p. 238). Locré, *ibid.*
(3) T. 3, p. 202, in-8°, t. 7, p. 244.
(4) M. Lacuée (Discuss. au conseil d'État, dans Fenet, t. 14, p. 238). Locré, t. 7, p. 161, n° 15.
(5) Art. 1758.
(6) D'après ce que j'ai dit ci-dessus, n° 598, par analogie de l'art. 1785.
(7) M. Duranton, du *Louage*, n° 168. M. Duvergier, t. 3, n° 26. D'après M. Delvincourt, t. 3, p. 202, note 2 de la page 104; in-8°, t. 7, p. 244.

613. Suivant plusieurs coutumes, elle se faisait pour un an.
614. Suivant d'autres, pour un temps indéfini.
615. Le Code a maintenu sur ce point les anciens usages.
616. Comment finit la réconduction déterminée dans sa durée par les coutumes locales?
617. Les coutumes qui ne fixaient aucune durée positive exigeaient un congé.
617 *bis*. Quant aux autres coutumes, la réconduction ne se terminait qu'après un congé préalable, ou finissait de plein droit comme le bail primitif lui-même.
618. Le Code civil est venu imposer dans tous les cas la nécessité d'un congé pour mettre un terme à la réconduction.
619. Cette obligation de donner congé subsiste lors même que le bail primitif devait finir de plein droit.

COMMENTAIRE.

606. Cet article a trait à la réconduction des maisons. J'ai exposé aux nos 443 et suivants les règles de cette matière. Il suffira de nous appesantir ici sur deux points principaux. Quel est le temps de possession nécessaire pour faire prononcer la réconduction? pour quel temps la réconduction est-elle censée faite?

607. Sur le premier point, il y a une remarque à faire. L'art. 1738 n'a voulu rien fixer; je l'ai déjà dit au no 446. Il a entendu s'en rapporter à la prudence des juges, ainsi que le déclarait M. Bigot. Ce n'est pas aux coutumes locales qu'il fait appel, comme dans l'art. 1736; non! Les juges apprécieront les caractères et la durée de la jouissance du preneur. Ils décident dans leur sagesse.

Néanmoins, les usages locaux peuvent avoir de l'influence pour expliquer l'intention réciproque des parties. Il faut jeter un coup d'œil rapide sur les plus saillants.

608. La coutume de Bourbonnais faisait résulter une tacite réconduction, non pas seulement de la continuation de la jouissance de la maison depuis l'expiration du bail; mais de cela seul qu'aucune des parties n'avait dénoncé à l'autre, avant l'expiration du bail, qu'elle n'entendait plus continuer la location (1). Ce système est digne d'attention. La réconduction ne dépend pas de faits postérieurs à l'expiration du bail, elle dépend du silence des parties avant la fin du bail et pendant sa durée. Par cela seul que le bail est parvenu à son terme sans que le bailleur ou le preneur aient déclaré ne vouloir plus continuer leurs rapports civils, un nouveau bail succède de plein droit au premier. Il y a réconduction.

La coutume de Bourbonnais n'était pas la seule qui contînt cette disposition. Saint-Flour (2), Aurillac (3), Auxerre (4) étaient conçues dans le même esprit, et Loisel en avait fait une règle de ses Institutes coutumières (5).

Mais dans quel délai devait se faire la dénonciation?

A Saint-Flour et à Aurillac, c'était six mois avant la fin du bail.

Dans le Bourbonnais, trois mois (6).

A Auxerre, quinze jours (7).

609. Le Code civil a virtuellement aboli ces usages particuliers, qui sont incompatibles avec les dispositions des art. 1738 et 1759. En effet, ces deux articles veulent que la réconduction soit la conséquence d'une jouissance postérieure à l'expiration du bail. Elle ne peut donc résulter du silence seul gardé avant ce temps (8).

610. D'autres coutumes avaient un système plus en harmonie avec les art. 1738 et 1759. C'étaient celles qui exigeaient une possession non contestée, pendant un certain temps qu'elles précisaient.

Orléans voulait que ce temps de jouissance fût de huit jours sans dénonciation de vider les lieux (9). Montargis, *sorti du même tronc* (10), avait une disposition pareille (11).

Huit jours étaient aussi exigés pour la coutume de Soule (12).

Mais Reims se contentait de cinq jours (13). Et Bordeaux d'un jour ou deux (14).

A Lille, on était plus sévère qu'ailleurs. Un mois était nécessaire (15).

611. Sous le Code civil, il n'est pas défendu aux juges de prendre en considération ces indications des coutumes; elles leur serviront à expliquer l'intention des parties et à caractériser leur volonté. C'est, au surplus, la règle d'interprétation des conventions, donnée par l'art. 1159 du Code civil. Toutefois, j'ai de la peine à croire que l'usage de Bordeaux puisse se soutenir en présence des dispositions des art. 1738 et 1759. Un jour ou deux ne sont pas un délai suffisant pour exclure les surprises et pour induire de la part du bailleur une renonciation à son droit d'expulsion.

612. Venons à notre second point, et recherchons pour combien de temps se fera la réconduction tacite. Sera-t-elle indéfinie, ou pour une époque fixe et précise?

Voyons encore les coutumes. Elles variaient.

613. A Orléans (16), Montargis (17), Reims (18), Lille (19), Soule (20), Saint-Flour (21), Aurillac (22); en Bourbonnais (23), le bail était censé recommencer pour un an. Loisel avait fait de cet usage une règle de ses Institutes coutumières (24).

(1) Ch. 13, art. 124. Pothier, *Louage*, no 353.
(2) Art. 2 et 3.
(3) Art. 1.
(4) Art. 149.
(5) T. 2, liv. 3, tit. 6, no 10.
(6) Auroux, sur l'art. 124. La coutume gardait le silence. La jurisprudence y avait suppléé.
(7) Pothier, no 353, art. 149 de la coutume.
(8) M. Duvergier, t. 2, no 75.
(9) Art. 420. Pothier, *loc. cit.*
(10) Brodeau, sur le tit. de l'ancienne cout. d'Orléans (au Cout. général).
(11) Art. 5, ch. 18.
(12) Art. 5.
(13) Art. 390.
(14) Art. 38.
(15) Art. 10, ch. 15.
(16) Pothier, *Louage*, no 39, art. 420 de la cout.
(17) Art. 5, ch. 18.
(18) Art. 390.
(19) Ch. 15, art. 10.
(20) Art. 5.
(21) Art. 2 et 3.
(22) Art. 1.
(23) Art. 124.
(24) Liv. 3, ch. 6, art. 11.

614. Au contraire, à Auxerre (1), Sens (2), Châlons (3), Bar (4), aucun temps n'était fixé. Le preneur continuait à jouir jusqu'à ce qu'un congé lui fût dénoncé en temps utile. Tel était encore l'usage de Paris, suivant Tronçon (5), Brodeau (6) et Ferrières (7). Il était conforme à la loi romaine (8), et je le crois appuyé sur des précédents aussi nombreux que l'usage auquel Loisel a donné la préférence.

Du reste, le congé devait être donné, à Paris, six mois ou trois mois d'avance, suivant qu'il s'agissait d'une maison entière, ou d'un simple appartement (9).

Trois mois à Sens, Châlons et Bar.

Quinze jours seulement à Auxerre.

615. L'art. 1759 s'en réfère pour le terme à l'usage des lieux. Les dispositions usuelles et coutumières que nous venons de rappeler conservent donc tout leur empire.

616. Maintenant reste à savoir comment finit la réconduction. Finit-elle de plein droit quand elle est soumise par l'usage à un terme fixe? ou bien faut-il un congé?

Ici encore il faut jeter sur les coutumes un coup d'œil rétrospectif.

617. D'abord il est inutile de dire que certaines coutumes exigeaient un congé pour faire finir le nouveau bail, et que c'étaient surtout celles qui, ne donnant à la réconduction aucune limite précise, subordonnaient son terme à la volonté des parties. J'ai cité Sens, Châlons, Bar, Auxerre, Paris.

617 *bis*. Mais que dirons-nous de celles qui renfermaient la réconduction dans un cercle déterminé?

Nous avons vu que les coutumes de Bourbonnais, de Saint-Flour, d'Aurillac, faisaient résulter la réconduction du silence seul gardé pendant le bail, et que le terme imposé par le contrat, quelque précis qu'il fût, ne contenait jamais, à leurs yeux, une interpellation de plein droit. Le silence faisait disparaître le terme.

Il suit de là que le silence gardé pendant l'année de la réconduction donnait ouverture à une seconde année de réconduction, et ainsi de suite à l'infini, jusqu'à ce que le congé fût intervenu (10).

Mais dans la plupart des coutumes la réconduction ne pouvait dériver que de faits de possession. D'un autre côté, j'ai dit ci-dessus qu'à Orléans, Montargis et certains autres lieux, le terme imparti par la coutume au bail verbal, le faisait expirer de plein droit (11). Comme la réconduction n'est pas autre chose qu'un bail tacite, je crois qu'elle devait se terminer dans ces localités par l'expiration de l'année sans congé préalable.

618. Toutefois, le Code civil a établi là-dessus une autre règle à laquelle il faut prêter une sérieuse attention. Il décide d'une manière générale que *le preneur ne pourra plus être expulsé ni sortir de la maison qu'après un congé*. Il fait donc du congé une nécessité indispensable, et n'attache pas au terme d'usage, qu'il a rappelé quelques mots auparavant, la vertu de faire cesser le bail de plein droit.

Il est vrai qu'il ajoute *après un congé donné suivant le délai fixé par l'usage des lieux*. Mais ceci ne concerne que le délai du congé!! C'est seulement pour l'époque du congé que l'art. 1759 fait un retour sur les usages anciens. Quant à l'obligation de donner congé, elle est imposée d'une manière absolue et en termes tellement précis et restrictifs, qu'il est impossible d'y échapper par aucune interprétation (12). Ainsi donc, quelle que soit la coutume, le nouveau bail commencé par réconduction ne peut finir sans congé. La règle est uniforme pour toute la France.

619. Ceci n'est pas en contradiction avec ce que j'ai dit, *suprà* n° 408, que le bail verbal passé sous l'empire d'une coutume qui en règle la durée à un an, expire de plein droit à l'échéance de l'année. Car il n'en est pas du cas de réconduction comme du cas du bail de la première année; l'usage suivi en Normandie en est la preuve (13). Ce qui fait la grande différence, c'est que la tolérance du propriétaire, qui a laissé commencer une première réconduction, donne lieu de croire qu'il est satisfait de son locataire, et cette présomption dure tant qu'il ne la fait pas cesser par l'expression d'une volonté contraire.

Article 1760.

En cas de résiliation par la faute du locataire, celui-ci est tenu de payer le prix du bail pendant le temps nécessaire à la relocation, sans préjudice des dommages et intérêts qui ont pu résulter de l'abus.

SOMMAIRE.

620. Indemnités dues par le locataire au bailleur en cas de résiliation du bail par sa faute.
621. Le locataire doit-il payer le prix du bail pour tout le temps pendant lequel le propriétaire n'a pas reloué?
622. *Quid* s'il a reloué sur-le-champ?

COMMENTAIRE.

620. L'art. 1760 règle les indemnités que le locataire doit au propriétaire lorsque, par sa faute, il a mis celui-ci dans la nécessité de demander la résiliation du bail.

(1) Art. 149.
(2) Art. 257.
(3) Art. 274.
(4) Art. 202.
(5) Sur Paris, art. 161.
(6) Id., n° 31.
(7) Id., art. 171, glose 1, n° 40.
(8) Ulpien, l. 13, § fin., D. *Loc. cond.*
(9) Ferrières, *loc. cit.*
(10) Arg. de la loi 13, § dernier, au D. *Loc. cond.*
(11) *Supr.*, n° 408.
(12) Curasson, *Compét.*, p. 299, n° 46.
(13) *Supr.*, n° 412.

Le locataire devra donc le prix du bail pendant tout le temps nécessaire à la relocation.

De plus, s'il y a eu de sa part des abus de jouissance qui aient motivé la résiliation, il sera tenu d'en indemniser le propriétaire.

621. Au surplus, il ne faut pas croire que le preneur soit tenu des loyers pendant tout le temps que le propriétaire n'a pas reloué. L'art. 1760 ne l'astreint à les payer que pendant le temps *nécessaire* à la relocation; ce qui est fort différent. Le législateur a voulu dire qu'il ne doit les loyers que pendant le temps *ordinairement laissé au propriétaire pour s'assurer d'un nouveau locataire* (1); c'est-à-dire qu'il doit, outre le terme courant, le loyer du terme suivant, tel que le fixe l'usage des lieux (2).

622. Si le propriétaire relouait sur-le-champ, le locataire ne devrait des loyers que ceux échus durant son occupation.

Article 1761.

Le bailleur ne peut résoudre la location, encore qu'il déclare vouloir occuper par lui-même la maison louée, s'il n'y a eu convention.

Article 1762.

S'il a été convenu dans le contrat de louage que le bailleur pourrait venir occuper la maison, il est tenu de signifier d'avance un congé aux époques déterminées par l'usage des lieux.

SOMMAIRE.

623. Le Code a abrogé l'ancienne loi *Æde*, en défendant au bailleur d'expulser le locataire même pour venir occuper sa maison.
624. Il peut néanmoins, par une clause expresse, se réserver cette faculté.
625. Mais avec l'obligation de prévenir d'avance le locataire par le congé d'usage.
626. Toutefois il n'est pas dû, au preneur expulsé, de dommages-intérêts; car la position des parties n'est pas la même que dans le cas d'aliénation de la maison louée.
627. La réserve d'expulsion peut être convenue au profit de tout bailleur, propriétaire ou non.
628. Le droit d'expulser le preneur est transmissible aux héritiers.
629. Mais le bailleur ne pourrait user impunément de la clause d'expulsion pour louer sa maison à un autre.

COMMENTAIRE.

623. L'article 1761 contient une abrogation formelle de la loi *Æde*, dont j'ai parlé ci-dessus, et qui était célèbre dans le droit romain et dans le droit français (3). Cette loi avait été maintenue par l'assemblée constituante; elle trouva des apologistes lors des travaux préparatoires du Code civil (4), et M. Cambacérès, sans la défendre en principe, manifesta la crainte que son abrogation ne nuisît à la valeur des maisons (5): Un sait si l'expérience a justifié les inquiétudes de ce jurisconsulte! Et comment ne leur aurait-elle pas donné un démenti? Est-ce que la sécurité du locataire que la loi *Æde* sacrifiait au droit de propriété, n'est pas une cause d'augmentation des loyers? Est-ce que l'augmentation des loyers n'est pas une cause de plus value pour les maisons?

624. Du reste, le propriétaire qui veut peut se réserver la faculté de venir occuper la maison. L'art. 1762 l'autorise à stipuler cette clause dans le contrat; et la loi *Æde* peut ainsi revivre par une convention spéciale. J'en ai vu d'assez fréquents exemples. On a coutume de profiter de l'autorisation accordée par l'article 1762, lorsqu'on prévoit qu'en cas de mariage on aura intérêt à habiter soi-même la maison ou tel appartement de la maison; ou bien encore lorsque, dans l'espérance d'un prochain établissement pour un membre de la famille, on aura besoin d'un des appartements loués.

625. Mais le bailleur qui usera de ce droit conventionnel devra signifier un congé aux époques déterminées par l'usage des lieux. L'art. 1762 lui en fait un devoir.

626. Du reste, il n'est pas astreint à payer des dommages et intérêts. Il use d'un droit; et c'est le cas de dire: *Nemo damnum dat qui jure suo utitur* (6). Ici ne se retrouvent pas les dispositions des articles 1743 et suiv., qui fixent la position des parties dans le cas d'aliénation de la chose. L'art. 1762 n'a pas voulu se laisser gouverner par ces précédents ni s'harmoniser avec eux. La discussion du conseil d'État en fait foi. M. Bigot déclare qu'il était dans la pensée du conseil d'État de ne pas soumettre le bailleur à des dommages et intérêts envers le preneur (7).

L'ancienne jurisprudence suivie au parlement de Paris vient au secours de cette opinion. Après quelques variations (8), elle avait fini par ne plus accorder de dommages au preneur (9). N'est-il pas clair, dès

(1) M. Mouricault (Fenet, t. 14, p. 333). Locré, t. 8, p. 203, n° 13.
(2) Duranton, *Louage*, n° 172. M. Duvergier, t. 2, n° 79.
(3) *Supr.*, n°s 475, 486, 489, 490.
(4) V. les observat. de la cour de Lyon, que j'ai rappelées, *loc. cit.*
(5) Fenet., t. 14, p. 251. Locré, t. 7, p. 166, n° 41.
(6) L. 55. D. *De reg. juris.*
(7) Fenet, t. 14, p. 253. Locré, t. 7, p. 167, n° 44.
(8) Brodeau, sur Louet, lettre L, somm. 4.
(9) Pothier, n° 337. Boucher d'Argis, sur Argou, liv. 3, ch. 27.

lors, que le Code a entendu continuer cet état de choses (1)?

Enfin la raison donne plutôt des différences que des analogies entre l'art. 1762 et les art. 1743 et suiv.

Lorsque le propriétaire se réserve le droit d'expulser le preneur en cas de vente, c'est toujours pour faire un bénéfice et vendre plus cher. Or, il n'est pas équitable que le bailleur se procure ce profit aux dépens du preneur dont il trouble la jouissance. De là la nécessité d'un dédommagement fixé avec mesure (2). Mais lorsque le propriétaire expulse le preneur pour occuper lui-même sa maison, il n'agit pas dans un but de spéculation; il obéit à l'amour de la propriété ou à des considérations tirées de l'intérêt de la famille. On sent donc qu'une telle position devait être traitée avec plus de ménagements que la précédente.

627. L'autorisation concédée par l'art. 1762 n'a pas été seulement écrite pour le propriétaire. La faculté qu'elle donne peut être stipulée par tout bailleur quelconque, locataire principal, usufruitier, etc. La loi est générale, et elle profite à quiconque passe un bail à loyer (3).

628. Lorsque le bailleur décède, le bénéfice de la clause d'expulsion passe à ses héritiers. Ce droit n'est pas tellement personnel, que les héritiers ne puissent l'exercer au lieu et place du défunt qu'ils représentent (4).

629. Pour que le bailleur reste dans l'esprit de l'art. 1762, il faut qu'il ne s'en fasse pas un moyen pour louer sa maison à une autre personne, après en avoir expulsé le preneur, sous prétexte de l'habiter lui-même (5); sinon, il s'exposerait à des dommages et intérêts (6).

On devrait dire que le bailleur abuse de la clause, si, ayant stipulé le droit d'expulsion pour occuper lui-même l'appartement, il faisait déloger le preneur pour y mettre son gendre ou même son fils, faisant ménage à part (7). Mais s'il y plaçait un de ses enfants vivant en commun avec lui, il ne dépasserait pas les limites de son droit (8).

SECTION III.

DES RÈGLES PARTICULIÈRES AUX BAUX A FERME.

SOMMAIRE.

630. Plan de cette section.
631. Origine et sens du mot *ferme*.
632. Sens du mot *bien rural*. Erreur de la cour royale de Paris.
633. Des héritages mixtes.
634. Transition.

COMMENTAIRE.

630. La rubrique de la section dans laquelle nous allons entrer me suggère quelques réflexions: elle va traiter des règles particulières aux baux à ferme.

Quoique soumis aux règles générales dont nous avons donné le développement dans le commentaire des art. 1714 à 1751, le bail à ferme se distingue cependant par quelques traits originaux. Ce n'est pas une jouissance oisive qu'il procure au preneur comme le bail à loyer. Il a, au contraire, pour condition nécessaire, que le travail et l'industrie du fermier viendront féconder le sol confié à ses soins. La loi devait donc prendre des mesures spéciales pour que cette industrie du preneur, forcée à se développer incessamment, réalisât le but que la propriété en attend. Tel est l'objet des articles 1763 à 1768.

Mais, on ne le sait que trop! l'industrie agricole est soumise à des chances de désastre qui, chaque année, peuvent compromettre les travaux les mieux entendus et enlever au cultivateur le fruit de ses sueurs. La loi devait intervenir pour maintenir entre les parties une balance équitable qui est dans la nature d'un contrat de bonne foi. Les art. 1769 et suivants ont donc pour objet d'assurer cet équilibre, en réglant les cas dans lesquels le fermier est fondé à demander une remise du canon.

Puis il y avait des devoirs à tracer au fermier sortant et au fermier entrant pour ménager la transition d'une exploitation à une autre. Les art. 1777 et 1778 ont réglé ces positions respectives de manière à ne compromettre aucun intérêt.

Enfin, lorsque les baux à ferme sont faits sans écrit (comme il arrive souvent dans les pays de petite culture) et qu'aucune convention n'est intervenue sur leur durée, le législateur a senti que cette durée devait être mesurée sur les nécessités de l'agriculture et sur la nature des travaux commencés. De là les dispositions des art. 1774 et 1775. Elles sont complétées par l'art. 1776, qui s'occupe de la réconduction, espèce de bail tacite.

Telle est l'économie de notre section.

631. On a vu, du reste, par l'art. 1711, que le bail à ferme ne s'applique qu'aux héritages ruraux.

Ce mot *ferme* a reçu diverses étymologies. Suivant Ducange (9), il vient du mot *firma*, de la basse latinité, qui signifie canon, revenu, *firma, seu canon*, et cet auteur cite un vieux titre portant: « Promittimus « vobis et ecclesiæ vestræ annuatim, *nomine firmæ* « *seu canonis*. » On disait en ce sens: «*Firmam por-* « *tare*, » c'est-à-dire porter au propriétaire les fruits que le preneur lui devait en vertu de la convention.

(1) *Contrà*, M. Duvergier, t. 2, n° 10.
(2) *Supr.*, n° 512.
(3) M. Delvincourt, t. 3, p. 201, notes; in-8°, t. 7, p. 241.
(4) Legrand, sur *Troyes*, p. 334, n° 62.
(5) M. Defermon (Fenet, t. 14, p. 253). Locré, t. 7, p. 167, n° 41.
(6) M. Treilhard (Fenet, t. 14, p. 253). Locré, t. 7, p. 167, n° 41.
(7) Legrand, sur *Troyes*, p. 334, n° 66. Ferrières, sur Paris, art. 171, glose 1, n° 60.
(8) Id.
(9) V° *Firma*.

Le mot *firma* se trouve déjà dans des titres de 1089 et 1100.

Il s'employait aussi pour désigner l'immeuble tenu à bail : « *Firma*, id est, *prædium seu villa* (1). »

Mais comment ce mot s'est-il introduit dans la basse latinité? est-il d'origine romaine ou d'origine germanique? les érudits ne sont pas d'accord sur ce point (2).

Ciron, dans ses Paratitles sur le droit canon, propose deux opinions qui me paraissent plus ingénieuses que certaines. « *Firmæ* vocabulum sumpsisse « originem à constitutione Zenonis in lege 33, C. de « *locat. conducti.* Quâ intrà annum licebat recedere « à contractu ; sed quia fides firma debetur non re- « cedendi, locatio dicta est *firma* capite ultimo ; vel, « ut alii volunt, à mercede certâ et firmâ, quæ pro- « mittebatur, contractus dictus est *firma*. »

Jean de la Coste adopte cependant la première étymologie : « Indè igitur *firmæ* nomen, quòd præstitâ « fide de non expellendo conductore, firmaretur con- « tractus. *Firma* igitur nihil aliud est quàm conduc- « tio firmata, ut in Bojariorum *firmata emptio* sub « titulo de firmatione. »

Mais, suivant Spelmann, le mot *ferme* est d'origine saxonne et signifie toutes sortes de vivres ; par extension on l'appliqua aux terres que les seigneurs affermaient primitivement pour des prestations de denrées. J'avoue que cette opinion me semble fort probable (3).

Enfin, Ménage propose une autre explication qui me paraît beaucoup moins heureuse. *Firma*, dit-il, vient de *firmus*, lieu fermé ; c'est ainsi que, dans certaines provinces, on dit *closeries*. Les habitants de ces lieux s'appelèrent fermiers. De là vient encore, continue Ménage, *firmitas*, un bourg, un village, et par contraction, *ferté* (4).

Au milieu de ces conjectures, ce qu'il y a de plus sûr, c'est que le mot *firma* ne se rencontre pas dans le latin des constitutions impériales, et que sa tardive apparition dans des titres des xe et xie siècles donne à penser qu'il provient de la langue germanique, d'où il s'est peu à peu infiltré dans la langue des populations romanes.

632. Mais que doit-on entendre précisément par bien rural, héritage rural? Ces mots ne paraissent pas avoir un sens clair pour tous les esprits ; car j'ai déjà signalé ailleurs l'erreur de la cour royale de Paris, qui a cru pouvoir considérer un chantier comme un bien rural (5).

Pour rester dans le vrai, il faut dire que ces mots n'ont trait qu'aux terres, jardins productifs, prés, bois, pâturages, vignes et autres biens de campagne qui produisent des fruits naturels (6) ou industriels (7) que le fermier a droit de percevoir (8). Les biens ruraux sont, en d'autres termes, ceux qui sont destinés à l'agriculture et au pâturage, ceux qui font vivre l'homme des biens de la terre.

633. Mais on sait qu'il y a des héritages d'une nature mixte (9). Une maison peut être louée avec des prés ou avec un jardin ; une ferme contient presque toujours des édifices. Dans ces divers cas, il faut se conformer à la règle que j'ai donnée au n° 527. Si les terres sont de moindre valeur que la maison, si le prix est beaucoup plus fort à raison de la maison qu'à raison des terres ou du jardin qui l'entourent, c'est un bail à loyer et non un bail à ferme. Si, au contraire, la maison n'est qu'un accessoire, il y aura bail à ferme et non bail à loyer (10).

634. Après ces premières observations, il nous reste à entrer dans l'explication des divers articles dont se compose notre section. Dès le début, nous trouverons une distinction importante dans la personne de ceux qui appliquent leur industrie aux travaux agricoles ; les art. 1763 et 1765 les divisent en deux classes : 1° les métayers ou colons partiaires ; 2° les fermiers proprement dits.

Article 1763.

Celui qui cultive sous la condition d'un partage de fruits avec le bailleur, ne peut ni sous-louer ni céder, si la faculté ne lui en a été expressément accordée par le bail.

Article 1764.

En cas de contravention, le propriétaire a droit de rentrer en jouissance et le preneur est condamné aux dommages et intérêts résultant de l'inexécution du bail.

SOMMAIRE.

635. Qu'est-ce qu'un colon partiaire ou métayer?
636. Origine de ces dénominations suivant Pasquier.
637. Le bail à colonage est-il un véritable bail ou un contrat de société? Division sur ce point entre les commentateurs.
638. Plusieurs n'y voient qu'un contrat innommé tenant de la location et de la société.
639. Vice de leur argumentation.
640. Quoique tenant du louage d'ouvrage, le bail à colonage contient un véritable contrat de société.
641. Depuis le Code civil, cette opinion a prévalu parmi les jurisconsultes, à l'exception toutefois de M. Duvergier, qui en fait à tort un bail à ferme proprement dit.
642. Il n'y a aucun argument à tirer de la place qu'occupe

(1) Ducange, *loc. cit.*
(2) V. Ménage, vo *Ferme*.
(3) V. Brodeau, sur *Paris*, art. 78, n° 10.
(4) Malgré Ménage, je crois que le mot *ferté* signifie plutôt *forteresse* que *bourg* et *village*.
(5) *Supr.*, n° 514.
(6) Ferrières, sur Paris, art. 171, t. 2, p. 1241, n° 16. Denizart, vo *Bail à ferme*, n° 3. M. Duvergier, t. 2, n° 3.
(7) M. Mouricault (Fenet, t. 14, p. 322. V. art. 547).
(8) *Supr.*, n° 527.
(9) Brisson, *De verb. signif.*, vo *Urbana prædia*, l. 198, D. *De verb. signif.*
(10) Ferrières, sur *Paris*, t. 2, p. 1241, n° 16.

COMMENTAIRE.

635. Celui qui cultive sous la condition d'un partage de fruits avec le bailleur s'appelle colon partiaire ou métayer. On nomme fermier celui qui prend un immeuble à bail moyennant une redevance fixe consistant soit en argent, soit en denrées, soit partie en argent et partie en nature.

636. Le bail à colonage ou à métairie était usité chez les Romains, « Encore que les Romains, dit Pasquier (1), « pussent en diverses façons affermer leurs terres tantôt « en argent, tantôt à certaine quantité de grains, selon « que les volontés des contractants les admonestoient « de faire, si avoient ils en très-grande recommanda- « tion le louage qui se faisoit de leurs terres à moi- « tié; et pour cette cause voyons nous être faicte en « leurs loys si fréquente mention d'un colon par- « tiaire (les Latins l'appellent *colonum partiarium*), « et sur le déclin mesme de l'empire, y eut une loi « de l'empereur Valentinian par laquelle il étoit dé- « fendu à tous maîtres d'affermer leurs terres en ar- « gent, ains de soy contenter de ce qu'elles rapporte- « roient (2), laquelle loy, tout ainsi qu'elle a receu « diverses significations par les commentateurs de « droict, pour ne la rendre point contrevenante à « quelques autres; aussi ne suis je point exposé en « ce lieu pour discourir si elle a esté en tout et par- « tout entretenue suivant sa forme et teneur; ains, « me contenterai je de l'avoir alléguée, pour montrer « que c'étoit chose familière en la ville de Rome « d'affermer ses terres à moitié grain. Cette mesme « coutume semble s'être insinuée entre nos anciens; « car, à bien dire, le mot *métayer* nous est aussi pro- « pre pour cet effet que le *partiaire* en latin; l'un « prenant sa dérivaison de *partiri*, et l'autre du mot « de *moitié*; pour laquelle cause mesmement, vous « trouverez en quelques vieux contracts qui sont ré- « duits en latin, tel que l'infélicité du temps portoit « lors, que les fermiers sont appelés d'un mot barbare « *medietarii*, qui vaut autant que s'ils eussent été ap- « pelés *partiarii*. »

637. Quoique le bail à colonage tienne du bail à ferme par d'étroites affinités (3), il n'est pas cependant un bail à ferme dans la simplicité du mot, et il se rapproche beaucoup plus du contrat de société, dont il offre une application à l'industrie agricole.

En effet, d'une part, le propriétaire met en commun la jouissance de ses terres, et fournit ordinairement le bétail (4); de l'autre, le métayer apporte son travail, son industrie et ses soins. Tous deux fournissent les semences par moitié (5), ils partagent les fruits dans la même proportion. C'est pourquoi Caïus, dans la loi 25, § 6, D., *Locat. cond.*, assimile le colon à l'associé : *Quasi societatis jure*.

638. La force de ces raisons avait déterminé plusieurs grands interprètes à tenir un langage plus absolu que Caïus, et à considérer comme parfaitement identiques deux positions entre lesquelles ce jurisconsulte s'était contenté d'exprimer un rapport d'analogie. Je cite Bartole et Cujas. Écoutons le premier : « Tertiò nota quòd inter colonum partiarium et do- « minum *non est propria locatio, sed societas...* Nam « dominus ponit terram, et alius operas in quæren- « dis fructibus (6). » Mais voyons surtout le second : « Cum partiario colono *non contrahitur locatio, sed* « *societas; nam locatio fit mercede, non partibus* « *rei* (7). » Après une aussi grande autorité, il est inutile de parler de Fachin (8), de Vinnius (9), Brunemann (10), Godefroy (11), etc.

Mais d'autres interprètes avaient pensé qu'il était plus exact de ranger le contrat à colonage partiaire parmi les contrats innommés. Tels étaient Balde, le président Favre, Coquille. En effet, disaient-ils, pour juger de la nature d'une convention, il faut, avant tout, voir quelle a été la commune intention des parties. Or l'intention du propriétaire a été de percevoir en nature les produits de son domaine, et l'intention du cultivateur a été de trouver le salaire de son travail et de son industrie dans la perception des fruits. Ce salaire n'est-il pas une sorte de loyer? Et la convention n'est-elle pas beaucoup plus rapprochée du contrat de louage que du contrat de société? Car quelle apparence que le bailleur et le métayer aient voulu *entrer en négociation* (12), et constituer entre eux une société d'une manière principale? L'intention des contractants donne donc bien plutôt la fin de la société. Il est vrai que la convention ne peut être qualifiée de louage proprement dit, puisqu'elle ne contient pas la stipulation d'un prix en argent; condition nécessaire pour faire un contrat de louage ré-

(1) Recherches, t. I, liv. 8, ch. 46, p. 843.

(2) C'est probablement la loi 5, au C. *De agricolis*, dont Pasquier veut parler. Elle porte : « Domini prædiorum id quod terra « præstat accipiant, pecuniam non recipiant, quam rustici optare « non audeant, nisi consuetudo prædii hoc exigat. » Cette loi s'adresse à une classe de cultivateurs dont j'ai parlé dans ma préface, aux colons du Bas-Empire; elle défendait aux maîtres d'exiger en argent la redevance qui devait se payer régulièrement en fruits de la terre.

(3) *Infr.*, nos 643 et suiv.

(4) Coquille, quæst. 206.

(5) Coquill, quæst. 206.

(6) Sur la loi *Si merces*, § *Vis major*, D. *Loc. cond.*

(7) Sur la loi 13, § 1, D. *Præscript. verbis*. J'ai cité ci dessus un passage où Cujas parle aussi du colon partiaire, mais d'une manière impropre. Celui qu'il appelle ainsi est celui qui paye au propriétaire *une prestation fixe* en nature (*Supr.*, n° 3).

(8) Cont., lib. 1, c. 82.

(9) Instit., *De locat.*, § 2.

(10) Sur la loi *Si merces*, n° 19.

(11) Sur la même loi.

(12) Coquille, quæst. 206.

gulier (1). « Ego fateor, dit Favre, quidem *ex locato* « *conducto agi non posse*, cùm non sit locatio non in- « terveniente pecuniâ. Sed nego agi posse pro socio « cùm non sit verè, sed similitudinariè tantùm con- « tractus societatis (2) ». Ce sera donc un contrat innommé, AD INSTAR *de location* (3) : « Negari enim non « potest, continue Favre, quin contractus hic de co- « lono partiario, *licet non sit locatio*, magnam tamen « habeat similitudinem et adfinitatem cum locatione, « majoremque quàm cum societate quæ *per solam* « *lucri et damni communionem inducitur*. »

639. Cette argumentation ne me paraît pas satisfaisante. D'abord, il n'est pas exact de dire que le défaut de prix en argent soit la seule cause pour laquelle le colonage partiaire n'est pas un vrai bail à ferme. J'ai démontré ci-dessus l'erreur de ceux qui, par une mauvaise intelligence des lois romaines, ont soutenu que le prix de la location devait toujours être une somme d'argent (4). Mais la véritable raison qui doit faire écarter la dénomination de bail à ferme, c'est qu'il n'y a ici aucun prix, dans le sens exact du mot; car il faut que le prix soit dû par le fermier, et ici le colon ne le doit pas (5); c'est la terre qui le paye, c'est le propriétaire qui le prend sur sa propre chose, non à titre de loyer, mais à titre d'accessoire de la terre qui lui appartient, à titre de partie de la terre elle-même; *partibus rei*, comme dit si bien Cujas.

Il y a ensuite un autre point à considérer. Dans le bail proprement dit, la jouissance exclusive appartient au fermier; ici elle est plutôt commune entre le bailleur et le preneur (6).

640. Maintenant qu'il est évident que le bail à colonage manque de certaines conditions essentielles du contrat de louage, il est évident aussi qu'on ne peut argumenter de l'intention des parties pour lui enlever le caractère de société. Favre et Coquille ont beau dire que les parties ont entendu se procurer le résultat du bail à ferme; qu'importe, si pour y réussir, elles ont préféré le moyen de la société? Et puis, que veulent dire ces auteurs quand ils représentent la part des fruits perçus par le colon comme le loyer de son travail? Alors que ce point de vue serait exact, tout ce qu'on pourrait en conclure, c'est que dans le bail à colonage il y a le mélange du louage d'ouvrages. Mais ce n'est pas une raison pour y trouver le bail à ferme, qui appartient à un tout autre ordre d'idées.

641. Au reste, presque tous les jurisconsultes qui ont envisagé le colonage partiaire, depuis le Code civil, partagent ce sentiment. M. Duranton enseigne « qu'il n'est qu'improprement un bail à ferme, et que « c'est même une société (7) ». M. Delvincourt est du même avis (8); c'est aussi une idée que l'on trouve exprimée dans l'exposé des motifs de M. Galli (9), et dans le rapport de M. Mouricault au tribunat (10). La cour royale de Limoges l'a consacrée par un arrêt motivé avec une grande force (11). Il n'est même pas inutile de faire remarquer que, dans ses observations sur le Code civil, la cour d'appel de Lyon avait proposé un titre spécial sur le bail à portion de fruits, dont l'art. 1er était ainsi conçu :

« Le bail à culture, moyennant une portion des « fruits, est une société. »

A la vérité, cette disposition n'a pas été insérée dans la loi. Mais on remarquera que le législateur a si peu entendu que le bail à colonage est un bail à ferme, que dans les art. 1767 et 1768 il a employé, à dessein, une autre expression que celle de fermier pour en rendre les dispositions applicables au bail partiaire (12).

M. Duvergier est, je crois, le seul qui ait soutenu que le bail à colonage est un véritable bail à ferme. On ne peut heurter plus directement l'opinion commune; et c'est même aller beaucoup plus loin que Favre et Coquille, qui ne faisaient de cette convention qu'un contrat innommé. Bien plus, M. Duvergier pousse les choses jusqu'à prétendre que le bail à colonage contient un élément qui répugne au contrat de société; car, dit-il, le bailleur ne court aucune chance; le fonds qui constitue sa mise ne contribue pas aux pertes; il n'est là que pour prendre les bénéfices (13), ce qui est contraire à l'art. 1855 du Code civil.

J'avoue que ce système me paraît étrange.

D'abord, quand même on écarterait tout élément de société, est-ce qu'on pourrait trouver dans le bail à culture partiaire un prix véritable dans le sens de l'art. 1709? Pourquoi donc vouloir à toute force voir un bail à ferme là où les jurisconsultes les plus opposés à l'opinion que je préfère, n'avaient aperçu qu'un contrat innommé? Et puis, est-ce que M. Duvergier aurait cru, par hasard, que le bailleur apporte dans la société l'immeuble même qui sert de siége à l'exploitation? Quoi! il aurait aliéné sa chose? il aurait mis en commun la propriété même de l'immeuble? il en aurait rendu la société propriétaire? Certes, M. Duvergier ne peut le supposer. Et dès lors comment n'a-t-il pas vu que ce qui constitue l'apport du bailleur, c'est la jouissance seule de l'immeuble (14), et qu'ainsi il y a de part et d'autre chance égale de dommage et de gain? *Damnum et lucrum cum domino fundipartitur*, disait Caïus (15). Enfin, je me rappelle que M. Duvergier a comparé quelque part la position du propriétaire qui donne sa terre à long bail à ferme, à celle d'un associé commanditaire (16). Après un tel aperçu, n'y a-t-il pas une volte-face bien subite à repousser toute espèce d'élément de société dans le bail à partage de fruits?

642. Reste une dernière objection, tirée de la place qu'occupe l'art. 1763. Mais la cour de Limoges y a parfaitement répondu en faisant observer que le cheptel à moitié, qui est aussi une véritable société (17), se trouve classé sous la rubrique du contrat de louage. D'ailleurs ces mots, *à partage de fruits*, employés par l'art. 1763, ne conduisent-ils pas à la nécessité d'admettre une société conventionnelle entre ceux qui font ce partage?

Au surplus, je ne nie pas que quelques-unes des règles du bail à ferme ne servent à déterminer les rapports du propriétaire et du colon. L'analogie conduit à les employer fréquemment; mais ce que j'ai voulu prouver, c'est que le bail partiaire est surtout une société,

(1) J'ai réfuté cette erreur. *Supr.*, no 3.
(2) Sur la loi 25, § 6, D. *Loc. cond.* (*Rational. ad Pandect.*).
(3) Coquille, *loc. cit.*
(4) No 3.
(5) Art. 1709.
(6) *Infr.*, no 641.
(7) *Louage*, nos 176, 177.
(8) T. 3, notes, p. 103; in-8o, t. 7, p. 248.
(9) Fenet, t. 14, p. 317. Locré, t. 7, p. 194, no 16. *Junge* Domat, cité par M. Galli.
(10) Fenet, t. 14, p. 335. Locré, t. 7, p. 204, no 15.
(11) 21 février 1839 (S., 39, 2, 406). V. *supr.*, no 373. Je l'a critiqué sous un autre point de vue.
(12) *Supr.*, no 685.
(13) T. 1, no 99; t. 2, nos 87 et suiv.
(14) Art. 1851, C. C.
(15) L. 25, § 6, D. *Loc. cond.*
(16) T. 1, no 143.
(17) D'après le texte formel de l'art. 1818.

et je crois que ce caractère est maintenant frappant pour quiconque voudra peser avec impartialité les éléments de ce contrat.

643. Ces notions une fois admises, nous allons en voir découler les règles qui gouvernent les deux parties.

Et d'abord le preneur ne pourra ni sous-louer ni céder. Car il est une espèce d'associé, et c'est un principe en matière de société que personne ne peut y être introduit sans le consentement de tous les associés (1). Lorsque le propriétaire a choisi son colon, il a été déterminé par l'industrie de tel individu et non par celle de tout autre, et il y aurait dommage à le forcer à subir un métayer qui n'aurait pas sa confiance (2). Car, par la nature de leurs rapports, le maître et le métayer, dit Bretonnier (3), « sont obli-« gés d'être perpétuellement assemblés pour partager « les fruits. »

Au surplus, cette disposition a été introduite dans le Code sur les observations de la cour d'Aix (4). Elle était de droit commun dans l'ancienne jurisprudence.

644. Si le colon cède son bail ou sous-loue, le bailleur a droit de faire résilier et d'obtenir des dommages et intérêts. Je renvoie pour les fins de non-recevoir et défenses du preneur aux n°s 138 et suiv. Je sais que MM. Delvincourt (5) et Zachariæ (6) ne veulent pas étendre au colon partiaire certains tempéraments admis par la jurisprudence et les auteurs pour le cas de violation de la clause prohibitive de sous-louer ; mais je pense, avec M. Duvergier (7), que l'article 174 est loin de les repousser.

645. Mais le bail à colonage est-il rompu par la mort du preneur?

Le Code ne résout pas cette question ; elle partageait les anciens jurisconsultes.

Bartole (8) et Godefroy (9) étaient d'avis que le bail expirait. Deux raisons puissantes venaient au secours de cette opinion. La première, que le contrat de société finit par la mort de l'un des associés (art. 1865, C. civ.) ; la seconde, que toutes les fois que l'industrie d'un individu est entrée comme élément dans un contrat, ce contrat se dissout par la mort de cet individu. (Art. 1795, C. civ.)

Au contraire, Coquille (10) et le président Favre (11) soutenaient que le bail à colonage se continuait malgré la mort du métayer. Laissons parler Coquille avec son langage énergique et incisif. « Il y a diversité de « raison : car en la société chacun des associés « choisit la foi et l'industrie de son compagnon, la-« quelle considération est très-personnelle ; ce qui ne « se doit point dire en la mestairie, parce que le la-« bourage et la nourriture du bestail ne *sont chose* « *d'industrie exquise, et la fonction en est vulgaire,* « *commune, et aisée.* »

Cependant Coquille ajoutait une modification à sa décision. « Toutefois, disait-il, si les hommes « qui ont entrepris la métairie viennent à décéder « et ne laissent que des femmes ou petits enfants, « je crois que le propriétaire ne devra pas con-« traindre les survivants à l'exercice de la métairie.

« On dira que l'impossibilité n'y est pas, ains la « seule difficulté, car la veuve et les enfants peuvent « faire exercer par valet, *et quia difficultas præsta-* « *tionis non impedit effectum obligationis.*

« Mais je crois que si la veufve ou héritiers mi-« neurs ne peuvent continuer sinon avec grande « difficulté, qu'ils doivent estre quittes de la mestai-« rie. »

646. Depuis le Code civil, la difficulté s'est reproduite. M. Delvincourt (12) a adopté l'opinion qu'en cas de décès du colon, le maître n'est pas tenu d'entretenir le bail. M. Duranton propose une solution qui est absolument celle de Coquille (13) ; enfin, MM. Zachariæ (14) et Duvergier (15), veulent que l'art. 1742 s'applique sans distinction au bail à culture.

Je ne partage pas ce dernier sentiment ; l'art. 1742 n'a pas été fait pour le bail à colonage ; il n'est loi que pour le contrat de louage pur et simple. L'art. 1763 qui rentre bien plus dans la matière dont nous nous occupons, puisqu'il est le seul qui s'occupe du bail partiaire, fournit un argument puissant pour écarter l'art. 1742 ; n'est-il pas évident que les motifs qui l'ont porté à établir que le droit du colon n'est pas cessible, militent aussi pour faire décider qu'il ne se transmet pas par succession? Qu'on se pénètre bien de ces motifs ; ils répondent péremptoirement à toutes les objections de Coquille. Ne dites plus avec lui que l'industrie agricole n'exige pas une aptitude *exquise*, que la fonction en est *vulgaire* et *aisée!* L'art. 1763 en juge autrement ; il fait du colon un auxiliaire dont le choix a été déterminé par des considérations personnelles (16), et certes la confiance du propriétaire serait aussi bien trompée par le changement opéré par succession que par le changement qui aurait pour cause une cession volontaire.

Remarquez d'ailleurs l'inconséquence de Coquille, qui fait fléchir son principe lorsque le colon laisse des enfants mineurs! Pourquoi cette limitation? Quel motif juridique autorise à trouver, dans une simple difficulté d'exécution, une cause de résolution pour un contrat?

Je dis donc que l'industrie et les qualités personnelles du colon ayant été une cause de détermination pour le propriétaire, le contrat est dissous quand la mort prive ce dernier de celui qui avait obtenu sa confiance. (Arg. de l'art. 1795 combiné avec l'art. 1865.)

647. On objectera peut-être que si nous prenons notre raison de décider dans les règles du contrat de société, nous devons aller jusqu'à dire que le bail à colonage sera également rompu par la mort du propriétaire, ce qui, jusqu'à ce jour, n'a été proposé par personne.

Mais nous répondons :

L'art. 1865, qui décide que la société finit par la mort de l'un des associés, n'est pas infaillible. Il est soumis à de graves limitations, et par exemple la mort

---

(1) Mouricault (Fenet, t. 14, p. 335), Locré, t. 7, p. 202, n° 15, et M. Galli (*loc. cit.*, p. 317). Locré, t. 7, p. 194, n° 16. V. *supr.*, n° 130, l'opinion de Voët, fondée sur cette qualité d'associé.

(2) M. Galli (Fenet, t. 14, p. 317). Locré, *ut suprà.*

(3) T. 4, p. 320.

(4) T. 3, p. 59 (Fenet).

(5) T. 3, notes, p. 203; in-8°, t. 7, p. 246.

(6) T. 3, p. 33.

(7) T. 2, n° 90.

(8) Sur la loi 25, § 6, D. *Loc. cond.*

(9) Même loi.

(10) Quæst. 206.

(11) Sur la loi 25, § 6, D. *Loc. cond.*

(12) T. 3, p. 203; in-8°, t. 7, p. 246.

(13) Du *Louage*, n° 178.

(14) T. 3, p. 33.

(15) T. 2, n° 91.

(16) *Supr.*, n° 643.

de l'associé qui a des actions dans une société en commandite n'empêche pas cette société de se continuer avec ses représentants (1). Ici la nature des choses conduit au même résultat. Le colon n'a pas été porté à se charger de l'exploitation du domaine par des considérations tirées de la personne du bailleur. Il n'a vu que les avantages matériels qu'il pourrait obtenir de la culture de la terre; il a eu à examiner si la métairie était bonne ou mauvaise; si les terres étaient fertiles ou ingrates; si les produits pourraient récompenser son travail, etc., etc. Or la mort du bailleur ne change rien à ces combinaisons, et il serait absurde de dissoudre le contrat pour un événement aussi indifférent. Mais la réciprocité n'a pas lieu quand c'est le preneur qui décède; la société perd alors son agent, et si je puis parler ainsi, son gérant. Elle est privée de celui sur la tête duquel avaient été placés sa fortune et son avenir.

648. Tout ceci nous a placés en dehors des principes du bail à ferme. Les règles suivantes vont nous y ramener.

D'abord, le preneur doit faire aux bâtiments et aux ustensiles aratoires les réparations locatives exigées par l'usage des lieux (2). Il doit cultiver en bon père de famille (3), et ameublir les fruits, engranger dans les lieux à ce destinés (4), avertir le propriétaire des troubles et usurpations (5), etc.

A la fin de son bail, il doit laisser les terres en bon état, c'est-à-dire qu'elles doivent être labourées et semées, suivant que le requiert la saison dans laquelle se termine le bail. Car le colon est tenu, à l'instar du fermier, de conserver le droit du propriétaire (6).

649. Par les mêmes raisons, il doit laisser les pailles, foins et fourrages, dont la destination est de pourvoir à la métairie (art. 1777); ainsi que les fumiers et engrais de l'année, conformément à la disposition de l'art. 1778 (7).

650. Enfin, on applique au bail à colonage les dispositions des art. 1766 et suivants; excepté cependant celles qui répugnent à sa nature.

C'est pourquoi l'art. 1769, qui autorise le fermier à demander une remise sur le prix de location en cas de sinistre majeur, est inconciliable avec la position du colon (8). Le colon ne doit pas de prix de ferme. Et si sa part est réduite par l'effet des fléaux atmosphériques, celle du propriétaire, subissant, en vertu des mêmes causes, la même diminution (9), ne pourrait être encore amoindrie par des recours en indemnité, sans nuire à l'égalité qui préside aux rapports des associés entre eux.

Article 1765.

Si, dans un bail à ferme, on donne aux fonds une contenance moindre ou plus grande que celle qu'ils ont réellement, il n'y a lieu à augmentation ou diminution de prix pour le fermier, que dans le cas et suivant les règles exprimés au titre de la vente.

SOMMAIRE.

651. En cas de difficultés en matière de louage, la loi renvoie aux règles du contrat de vente.
652. *Quid* s'il y a excédant de mesure quand le louage a été fait à tant la mesure?
653. *Quid* s'il y a déficit?
654. Pourquoi, dans ce dernier cas, n'y a-t-il pas lieu à résiliation du bail? Examen de l'opinion contraire.
655. Que décider s'il y a déficit ou excédant dans le cas où le bail désigne l'immeuble comme corps distinct et séparé?
656. Si le bail énonce séparément la mesure de chacune des pièces de terre dont se compose la ferme, il suffit d'apprécier la valeur du déficit pour rétablir l'équilibre du prix sur la pièce dont la contenance est insuffisante, nonobstant l'objection de M. Duvergier.
657. Si le bail s'applique à deux fonds distincts, dans l'un desquels il y a déficit et dans l'autre excédant de mesure, il y a lieu à compensation.
658. Quelle est la prescription de l'action en résiliation ou en indemnité pour cause d'erreur dans la mesure du fonds affermé?

COMMENTAIRE.

651. Lorsque des difficultés s'élèvent entre le bailleur et le fermier, sur la contenance de la chose affermée, le contrat de louage emprunte au contrat de vente les règles qui les aplanissent. Présentons-en tout de suite l'application.

Et d'abord, le louage peut avoir été fait avec indication de contenance à tant la mesure.

Deux cas peuvent alors se présenter: ou il y a excédant, ou il y a déficit.

652. Voyons le cas d'excédant. Je vous loue un domaine de 50 hectares, pour le prix de 5,000 fr., à raison de 50 fr. par hectare; il se trouve que la contenance est de 60 hectares au lieu de 50. D'après l'article 1618, vous devez me donner un supplément de prix; ou bien, comme l'excédant est d'un vingtième (10) et que l'étendue d'une telle exploitation sur laquelle vous n'aviez pas compté peut dépasser vos facultés, vous avez le droit de vous désister du contrat (11). Dans ce cas, l'art. 1621 réglera vos répétitions (12).

653. Passons au cas de déficit. Je vous loue un

(1) Art. 1865.
(2) Observ. sur la cour de Lyon (Fenet, t. 4, p. 319).
(3) Art. 1766.
(4) Art. 1767.
(5) Art. 1768.
(6) Coquille, quest. 306.
(7) Coquille, *loc. cit.*
(8) Caius, l. 25, § 6, D. *Loc. cond.*
(9) Art. 1771.
(10) Sur le calcul de ce vingtième, V. *infr.*, n° 656.
(11) Mon Comm. de la *Vente*, n° 335.
(12) Id., n° 347.

domaine composé de 60 hectares, pour le prix de 3,000 fr., à raison de 50 fr. par hectare. Si la contenance indiquée ne se retrouve pas, ce ne sera pas une raison pour faire annuler le bail; mais le bailleur devra délivrer la mesure indiquée; sinon, il subira une diminution de prix (1).

654. J'ai dit que le bail ne pourra pas être résolu pour raison de déficit, et en cela je ne fais que tirer la conséquence des principes que j'ai longuement discutés dans les nos 330 et 331 de mon Commentaire de la *Vente*. Mais comme ils ont été combattus par M. Duvergier, dans son Traité de la *Vente* (2), je crois nécessaire de démontrer l'erreur dans laquelle cet auteur est tombé en préférant à mon opinion celle de M. Duranton, qui veut que le défaut de contenance soit une cause de résolution (3). Ce retour sur un travail que je croyais complet me paraît d'autant plus nécessaire, que M. Duvergier insiste, dans son Traité du *Louage* (4), sur le droit du fermier de demander la résiliation pour cause de déficit d'un vingtième. Or je ne voudrais pas laisser passer sans réponse une telle proposition.

Les art. 1617 et 1618 du Code civil prévoient deux cas: 1° celui de déficit, 2° celui d'excédant. Dans le premier, l'art. 1617 donne à l'acquéreur ou une action en délivrance du surplus, ou une action en diminution du prix. Dans le second, l'article 1618 lui laisse le choix de fournir le supplément du prix, ou bien de se désister du contrat, si l'excédant est d'un vingtième au-dessus de la contenance déclarée. On voit que le cas de déficit est dominé par des principes autres que ceux qui font la règle du cas d'excédant; et comme si le législateur eût voulu que sa pensée, si évidente du reste, ne fût obscurcie par aucun nuage, il s'est servi d'expressions énergiques pour formuler l'antagonisme qui sépare l'art. 1618 de l'art. 1617 (5).

Tant de précautions cependant n'ont pas suffi pour prévenir la controverse, et MM. Duranton et Duvergier ont soutenu que le déficit de plus d'un vingtième, comme l'excédant de pareille quantité, peut être un sujet de résolution!

Mon respect pour les textes suffirait à lui seul pour m'éloigner de cette doctrine. La raison ne m'empêche pas moins de l'adopter.

Pourquoi l'art. 1618 autorise-t-il l'acheteur à se désister de la vente, lorsqu'il y a excédant de plus d'un vingtième? Par ce motif seul, que l'achat d'une contenance plus grande que la contenance déclarée peut dépasser les facultés de l'acquéreur, et qu'une erreur qui est moins la sienne que celle du vendeur (lequel aurait dû connaître la mesure de ce qu'il vend) ne doit pas être pour lui une cause de difficultés, d'embarras pour le payement (6).

Je dis, *pour le payement*, parce que, dans la pensée du législateur, tout aboutit à ce point.

Mais tous ces motifs disparaissent quand il y a déficit et non plus excédant. L'acheteur, qui consentait à payer plus, peut, à plus forte raison, payer moins. Et dès l'instant qu'une diminution proportionnelle dans le prix aura rétabli l'équilibre, il n'y aura plus de raison suffisante pour faire annuler le contrat.

Telle est l'économie de la loi; tel est son vœu bien formel, manifesté dans le discours de M. Grenier, orateur du tribunat. M. Duvergier semble me reprocher d'avoir considéré comme décisif le passage que j'ai transcrit. Mais je viens de le lire et de le méditer encore, et jamais autorité ne m'a paru plus ponctuelle et plus précise!

Mais, dit-on, il est possible que le déficit soit tellement considérable qu'il rende impropre à l'usage auquel l'acheteur la destinait. Cet acheteur était un fabricant qui avait besoin d'une superficie de tant d'hectares pour établir une usine, et voilà que ses calculs se trouvent trompés de plus d'un vingtième. Le forcerez-vous à garder un terrain qui lui devient inutile?

Oui, sans doute, et l'art. 1617 le veut ainsi! Plus ce fabricant avait besoin d'une contenance déterminée pour réaliser ses projets (peut-être ignorés du vendeur), plus il est inexcusable d'avoir acheté sans s'être assuré de la contenance. Après tout, de quoi se plaint-il? N'a-t-il pas vu la chose? ne lui est-elle pas livrée telle qu'elle lui a été montrée? y a-t-il une de ses parties matérielles qui en ait été retranchée? son tout ne subsiste-t-il pas dans l'état où il était lors du contrat (7)? Une seule chose serait de nature à exciter ses réclamations: c'est qu'il a trop payé. Mais on le prévient en lui faisant une diminution proportionnelle. Ainsi, point de mécompte sur la chose considérée dans son état matériel. Telle elle a été vue, telle elle a été livrée. Point de déception non plus sur le prix. L'équilibre est rétabli par une réduction proportionnelle. Il n'y a d'erreur que sur l'opinion seule que l'on avait de la contenance. Mais comment prouve-t-on que cette opinion est entrée dans les motifs déterminants du contrat? Est-il sûr que le vendeur ait su l'importance que l'acheteur y attachait? D'ailleurs, la précaution de traiter à tant l'hectare n'indique-t-elle pas, du côté de l'acheteur, une méfiance visible des déclarations du vendeur? n'est-elle pas une preuve qu'il n'a pas cru pleinement à ses assertions? Et s'il n'y a pas cru, comment peut-il venir dire, plus tard, qu'elles ont été l'un des éléments de sa détermination, et qu'elles l'ont induit en erreur (8)?

Il restera donc bien certain que le déficit de contenance ne donnera pas lieu à la résiliation du contrat de vente, d'après l'art. 1617 sainement entendu.

Et comme cet article est aussi la loi qui régit le contrat de louage, il faudra décider que le fermier ne pourra prétendre qu'à une diminution de prix.

655. J'en ai dit assez des baux à ferme faits avec indication de contenance, à raison de tant la mesure.

Dans tous les autres cas, soit que l'immeuble ait été loué comme corps (*ad corpus, non ad quantitatem*) (9), soit que le bail ait pour objet des fonds distincts et séparés, qui sont autant de corps certains, l'énonciation

(1) Mon Comm. de la *Vente*, n° 330.

(2) T. 1, n° 286.

(3) *Ibid.*

(4) T. 2, n° 137.

(5) *Si au contraire*, dit-il dans l'art. 1618!

Dans les ventes ou baux d'héritages, faits à la mesure, avec déclaration de contenance, les termes *ou environ* qui y sont ajoutés ne couvrent que les différences légères, de sorte qu'ils n'empêchent pas l'exercice de l'action en supplément ou diminution de prix, pour le plus ou le moins de mesure, lorsque l'excédant ou le manquant est important.

L'acheteur et le preneur sont toujours tenus de faire raison de l'excédant, quand le prix de la vente ou du bail est constitué, non sur le fonds entier, mais sur chaque arpent ou autre mesure; l'arpentage peut alors être exigé, quoique la contenance ait été déclarée dans un ancien bail.

A défaut de désignation de mesure, on suit celle en usage dans le lieu de la situation des biens. (24 mai 1809, C. de Brux.; Déc. not. t. 17, p. 337.) (*Édit. belge.*)

(6) Mon Comm. de la *Vente*, n° 336.

(7) *Ibid.*, n° 331.

(8) *Ibid.*

(9) *Ibid*, n° 338.

de la mesure est secondaire, sans qu'il soit permis de distinguer si le bail commence par la mesure ou par la désignation de l'objet vendu suivie de la mesure (art. 1619 C. C.). L'expression de mesure n'est prise en considération qu'autant qu'il y a erreur d'un vingtième. Alors, un vingtième en moins donnera droit au fermier d'exiger que le bailleur lui fournisse la quantité déclarée ou qu'il subisse une diminution proportionnelle du prix; un vingtième en plus autorisera le bailleur à exiger un supplément de fermage (1). Toutefois, un tel excédant mettant le preneur dans une position semblable à celle que nous exposons au n° 652, il pourra préférer se désister du contrat (article 1620). Mais il est bien entendu qu'ici, comme dans le cas de vente à la mesure, le déficit n'est pas une cause de résolution (2). L'opinion contraire, enseignée par M. Duvergier (3), heurte directement le texte et l'esprit de la loi.

Au reste, ces propositions ont reçu, dans mon Commentaire de la *Vente*, des développements auxquels je renvoie (4). Ils forment le commentaire des art. 1619, 1620 et 1621.

656. Le vingtième dont j'ai parlé au numéro précédent, ainsi qu'au n° 652, s'entend non du vingtième en étendue, mais du vingtième du prix (5). A ce sujet je dois ajouter un mot.

J'ai dit, dans mon ouvrage sur la *Vente* (6), que lorsque la quotité de chaque espèce de terre est énoncée dans le contrat, par exemple, 3 hectares de vigne, 5 hectares de prés et 4 hectares de terres labourables, il est facile de reconnaître l'espèce de terre dont la contenance est insuffisante et de rétablir l'équilibre dans le prix sans prendre la différence sur la valeur totale du domaine. M. Duvergier taxe cette proposition d'erreur grave, et il pense que j'ai pris le contre-pied de l'art. 1619. Je lui ferai observer que je n'ai fait que reproduire les paroles de M. Bigot de Préameneu, dans les discussions du conseil d'État; paroles dont personne ne contesta la justesse, et qui furent suivies de l'adoption de l'art. 1619. Vainement M. Duvergier va-t-il puiser un argument dans l'art. 1623, afin de combattre comme mienne l'opinion quasi-officielle de M. Bigot. Je lui ferai remarquer que l'art. 1623 est fait pour un cas fort différent, ainsi que j'ai pris soin de l'expliquer dans mon Commentaire de la *Vente*, n° 335, *in fine*.

657. Si deux fonds sont loués par le même acte et pour un seul et même prix (7), avec désignation de la mesure de chacun, et qu'il se trouve moins de contenance en l'un et plus en l'autre, on fait une compensation, jusqu'à due concurrence, entre les valeurs respectives et non entre les contenances. Le développement de ce nouveau point de vue ferait double emploi ici; on le trouvera dans mon Commentaire de la *Vente*.

658. Quant à la prescription de l'action en supplément de prix de la part du bailleur, et celle en diminution du prix ou en résiliation du contrat de la part du fermier, il est clair qu'elle se règle par la disposition spéciale de l'art. 1622, qui exige que l'action soit intentée dans l'année à compter du jour du contrat, à peine de déchéance (8). Je ne comprends pas M. Duranton (9), qui voit dans l'article 1765 un moyen de substituer la prescription ordinaire de 30 ans à la prescription abrégée de l'art. 1622. C'est, au contraire, l'article 1765 qui place la question sous l'influence de l'article 1622. S'il y avait lieu à augmentation ou à diminution de prix après l'année du contrat, on serait *hors des règles exprimées au titre* DE LA VENTE, et c'est ce que n'a pas voulu l'art. 1765 (10).

Article 1766.

Si le preneur d'un héritage rural ne le garnit pas des bestiaux et des ustensiles nécessaires à son exploitation; s'il abandonne la culture; s'il ne cultive pas en bon père de famille; s'il emploie la chose à un autre usage que celui auquel elle a été destinée; ou, en général, s'il n'exécute pas les clauses du bail et qu'il en résulte un dommage pour le bailleur, celui-ci peut, suivant les circonstances, faire résilier le bail.

En cas de résiliation provenant du fait du bailleur, celui-ci est tenu des dommages et intérêts, ainsi qu'il est dit à l'art. 1764.

SOMMAIRE.

(1) Art. 1619, 1620, 1621.
(2) *Supr.*, n° 654.
(3) *Louage*, t. 2, n° 138, et *Vente*, t. 1, n° 289.
(4) T. 1, nos 338 à 347.
(5) T. 1, n° 343.
(6) Mon Comm. de la *Vente*, n° 343.
(7) Art. 1623. V. mon Comm. de la *Vente*, nos 355 et suiv.
(8) Sur le comm. de cet article, n° 348.
(9) *Louage*, n° 180.
(10) *Junge* M. Duvergier, t. 2, n° 135.

COMMENTAIRE.

659. L'art. 1766 rappelle les obligations spéciales que le fermier doit remplir à l'égard du bailleur et dont l'inexécution peut donner ouverture à la résiliation du contrat. Ces obligations ne sont, du reste, qu'un corollaire du principe fondamental et prédominant d'après lequel le preneur doit user de la chose en bon père de famille et suivant sa destination. C'est assez dire que notre article n'est lui-même qu'une émanation de l'art. 1728 (1).

660. La première obligation dont parle l'art. 1766 est celle de garnir la ferme des bestiaux et des ustensiles nécessaires à son exploitation. « Elle naît, dit « Pothier, de la nature même du bail; car, étant obligé « de jouir de la métairie en bon père de famille et de « la cultiver, il s'ensuit qu'il doit avoir tout ce qui est « nécessaire pour la culture (2). »

Ainsi, le but direct et principal de cette obligation n'est pas de donner au propriétaire un gage pour ses loyers. A la vérité, le propriétaire a droit de chercher son privilége sur le mobilier qui garnit la ferme et sert à l'exploitation (3); mais il ne fait que profiter par occasion d'une garantie donnée en premier ordre à la culture de ses terres.

C'est pourquoi le fermier remplit pleinement son obligation lorsque les bestiaux et les instruments aratoires, bien qu'insuffisants pour répondre du terme courant et du terme à échoir (4), sont cependant proportionnés aux besoins de l'exploitation (5); car ce n'est pas comme aliment pour le privilége qu'il faut les considérer, mais comme moyen pour la culture.

661. Quelque impérative, du reste, que soit la disposition de notre article, il serait imprudent d'en faire l'application d'une manière générale et absolue à toutes les localités. La cour d'appel de Limoges faisait observer avec raison (6) qu'elle ne trouve sa place que dans les pays de grande culture; car dans les autres contrées, c'est très-souvent le propriétaire qui, en affermant, confie à son fermier les bestiaux et les ustensiles, à charge par celui-ci d'en remettre la valeur à la fin du bail. On consultera donc l'usage des lieux, afin de ne pas abuser d'une disposition, très-sage du reste, quand des circonstances particulières n'y apportent pas d'exception.

662. En second lieu, le fermier ne doit pas abandonner la culture. Cette règle importante se trouve ainsi formulée dans les sentences de Paul : « Fundi « deterioris facti *et culturâ non exercitati*, et ædificiorum non refectorum culpa, arbitrio judicis, do« mino à conductore, sarcire potest (7). » Il ne faut pas qu'un fermier, remplissant du reste tous ses autres devoirs, néglige quelques-unes des terres dont la jouissance lui est confiée, et qu'au lieu de les féconder par son travail, il les laisse dans un abandon qui les ruine. La terre a besoin, sans doute, de quelque repos (au moins d'après un système d'agriculture qui a eu pendant longtemps une vogue universelle), et ce n'est pas un répit momentané que l'art. 1766 condamne comme abandon de culture. Mais autre chose est laisser la terre reprendre ses forces par un certain temps de jachères, autre chose est la faire languir dans une stérilité qui éteint sa vigueur (8).

663. En troisième lieu, l'art. 1766 oblige le fermier à cultiver en bon père de famille. Par exemple, le fermier d'une vigne doit la façonner, la fumer, l'entretenir d'échalas, la provigner (9).

Le fermier d'une terre doit l'entretenir d'engrais, ménager ses forces et lui donner les façons en temps convenable. « Colonus, disait Caïus, curare debet ut « opera rustica *suo quoque tempore faciat, ne intem« pestivâ culturâ* deteriorem fundum faciat (10). » Au surplus, cette obligation se rattache à la doctrine que j'ai exposée ci-dessus en expliquant l'art. 1728 (11); je dois en compléter ici l'exposé par quelques développements.

Quand on veut se placer au point de vue du père de famille diligent pour apprécier les soins de l'agriculteur, il y a deux extrêmes qu'il faut savoir concilier.

D'une part, l'industrie agricole est plus que toute autre dominée par l'habitude et la routine; elle réside entre les mains d'hommes qui payent leur tribut à la société plutôt par des labeurs pénibles et actifs, que par un travail intelligent. Les propriétaires qui les emploient les ont pris en sachant que la science agricole éclaire rarement leur pratique. Ce serait donc aller trop loin que de vouloir chercher dans le mode de culture auquel ils donnent la préférence, l'application des doctrines nouvelles et des procédés perfectionnés dont les esprits avancés comprennent seuls l'utilité. Ainsi, on ne demandera pas au paysan grossier, à celui qui ne connaît que les traditions de ses pères et les usages de sa petite localité, de cultiver comme M. Mathieu de Dombasle dans la ferme de Roville.

Mais, d'un autre côté, il arrive quelquefois que l'in-

(1) *Supr.*, n° 294 et suiv.

(2) N° 204.

(3) Art. 2102, n° 1.

(4) *Supr.*, n° 531.

(5) Pothier, n° 318. — Pour faire cesser l'application de l'article 1766 du Code civil, qui permet aux juges de prononcer la résiliation du bail si le preneur d'un héritage rural ne le garnit pas des bestiaux et des ustensiles nécessaires à son exploitation, il ne suffit pas qu'il ait été donné caution pour assurer le payement du prix du bail. (27 mai 1835, C. de Brux.; Jur. de Belg., 1836, 2, 441.) (*Édit. belge.*)

(6) Observ. sur le projet du Code (Fenet, t. 4, p. 24).

(7) Lib. 2, t. 18.

(8) *Junge* M. Duvergier, n° 106.

(9) Pothier, n° 190.

(10) L. 25, § 3, D. *Loc. cond.*

(11) N° 296.

dustrie agricole franchit les barrières dans lesquelles de fâcheux préjugés la mettent à l'étroit. Elle a ses moments d'essor; elle compte quelques époques de progrès. S'il se rencontre un fermier laborieux et éclairé qui essaye de substituer un système de culture mieux entendu à celui que la routine avait consacré, le propriétaire sera-t-il fondé à se plaindre d'innovations aventureuses et de téméraires essais?

Rendons plus sensibles par des exemples ces deux situations.

Dans une grande partie de la France, on suit un système d'assolement suivant lequel on laisse toujours en jachères un tiers des terres, de telle sorte qu'il n'y en ait jamais que deux tiers ensemencés, un tiers en grains d'hiver, un tiers en grains de mars (1). Dans ces pays, on appelle dessoler ou dessaisonner l'action de mettre à la fois en rapport toutes les terres de la ferme, et l'on considère comme un grave mésus de la part du fermier le dessolement (2).

Cependant la science agricole, en s'éclairant de la chimie et de la physique, a acquis des notions plus précises sur la qualité et la force des divers terrains, sur les moyens de soutenir, d'aider, et d'augmenter même la fertilité du sol. On a reconnu que la terre pouvait se reposer en produisant, et qu'il suffisait de varier par un choix habile les fruits qu'on lui demande :

Sic quoque mutatis requiescunt fœtibus arva (3).

Déjà vers la fin du XVe siècle, un célèbre agronome, Olivier de Serres, avait dit dans son Théâtre d'agriculture : que « *la terre se délecte en la mutation de semences.* »

On a donc commencé à alterner les moissons suivant l'énergie et le tempérament du sol, à le nourrir surtout par des engrais plus multipliés et mieux composés ou par des plantes fertilisantes. Des expériences nombreuses ont éclairé la pratique. On a vu les récoltes devenir plus riches; les troupeaux se sont augmentés à la faveur d'une plus grande variété et d'une plus grande abondance dans les produits; et des provinces entières, celles du Nord, par exemple, ont secoué le joug : elles ont renoncé au système des jachères, proscrit sur le sol de la féconde Italie par Virgile (4), Varron (5) et Columelle (6).

Supposons donc qu'un fermier, soumis à un bail qui lui défend de dessoler, veuille échapper aux entraves de l'ignorance, et retirer du sol, sans l'épuiser, les ressources que la nature a déposées dans son sein; supposons qu'il mette toutes les terres en culture, mais en ayant soin de n'exiger de chacune que l'espèce de semence qui convient à son état; le fermier, dis-je, sera-t-il répréhensible? Je ne le pense pas; car comment lui faire grief de ses soins éclairés pour améliorer la culture, pour la mettre en harmonie avec des découvertes qui, en multipliant la richesse agricole, augmentent sa propre aisance sans compromettre les forces productives du sol confié à sa vigilance? La clause prohibitive ne peut-elle pas être écartée comme l'expression d'une réserve de style et sans utilité? Divers arrêts des parlements d'Artois et de Flandre l'ont ainsi jugé (7), et c'est là de la jurisprudence progressive comme nos anciens tribunaux la savaient faire quelquefois.

Mais prenons une position inverse. Supposons que le fermier, libre par les stipulations du bail, mais subjugué par des usages stationnaires, conserve la culture par assolement. Quoiqu'il paraisse certain, en agronomie, que cette culture est dans un état d'infériorité marquée par rapport à l'autre, le propriétaire ne pourra cependant se plaindre du fermier qui lui donne la préférence, surtout si l'usage des lieux ne l'a pas encore condamnée.

664. C'est ainsi que le magistrat appelé à prononcer sur la diligence du preneur à bail, devra tour à tour tenir compte des découvertes qui font marcher l'agronomie, et des préjugés qui la retardent. Il saura concilier, par de prudents tempéraments, les exigences des systèmes progressifs et la réserve timide des systèmes rétrogrades; il se placera surtout à l'horizon intellectuel de l'homme des campagnes plus laborieux qu'éclairé, plus tenace dans ses habitudes que confiant dans les lumières de la science. C'est là surtout que les juges verront les dangers de cette théorie qui, imputant au preneur la faute très-légère, exige de lui la diligence du père de famille le plus diligent (8). Si les tribunaux s'avisaient de prendre au sérieux ces idées de rigorisme, quel serait, dites-moi, le fermier qui échapperait à des dommages et intérêts, à moins qu'il n'eût la science de nos agronomes les plus avancés.

665. L'art. 1766 rappelle une nouvelle obligation du fermier; c'est celle de ne pas employer la chose à un autre usage qu'à celui auquel elle a été destinée.

Le fermier d'un grand domaine sera rarement tenté de lui donner un changement de destination pour le total. Mais il pourra être plus enclin à faire des changements partiels contraires à la loi du bail (9).

666. Ainsi, les pailles et les fumiers, étant destinés à l'engrais des terres, font partie de l'héritage (10). « Selon l'usage, comme dit Coquille (11), *les* PAILLES « et fourrages SONT DESTINÉS *pour faire valoir le domaine;* » ils ne peuvent donc être divertis de la ferme, sans que le preneur s'expose à de graves reproches pour avoir enlevé à ces choses leur destination (12).

Toutefois, l'usage des lieux peut modifier cette règle. Dans quelques pays où le pacage des moutons et d'autres engrais entretiennent suffisamment l'énergie féconde du sol, les pailles et fumiers appartiennent au fermier qui peut en disposer (13). Mais ce sont là de rares exceptions; il faut un usage bien avéré et bien constant pour y avoir égard.

Il y aussi des localités où la paille de seigle appartient au fermier. Tel est l'usage de quelques communes de Normandie.

667. De même, les autres fourrages, tels que trèfle, sainfoin, vesces, doivent servir à la nourriture des

(1) Répert. de M. Merlin, vo *Assolement*. Le capitulaire de Charlemagne, *De villis*, prescrit positivement aux administrateurs des domaines de l'empereur, l'assolement triennal.

(2) Cout. de Lille, t. 16, art. 5 et 6; de Douai, ch. 15, art. 4.

(3) Virgile, *Georg.*, lib. 1, 82.

La terre ainsi repose en changeant de richesses.

(DELILLE, trad. des *Géorg.*).

(4) *Géorg.*, lib. 1.

(5) Lib. 1, c. 44.

(6) Lib. 1, c. 1.

(7) Répert., vo *Assolement*.

(8) *Supr.*, no 345.

(9) *Supr.*, nos 299, 290 et suiv.

(10) L. *Fundi*, § 1, D. *De act. empt.*

(11) Sur Nivernais, t. 32, art. 19.

(12) Pothier, no 190. M. Merlin, Quest. de droit, vo *Fumiers* § 1, il cite les coutumes d'Orléans, de Berry, Cambray, etc. *Infr.*, art. 1777, 1778.

(13) Maillart, sur Artois, art. 144, no 106. M. Merlin (Q. de droit vo *Fumiers*, § 1).

bestiaux. Le fermier est tenu de les leur faire consommer; il serait coupable s'il les divertissait. On vient de voir ce que disait Coquille à cet égard. L'art. 421 de la coutume d'Orléans en avait fait une disposition expresse, ainsi que l'article 45 de la coutume de Berry, et un arrêt de la cour de Bourges du 9 juillet 1828 l'a maintenu à la rigueur dans une espèce où le fermier avait vendu le produit des prairies artificielles (1).

Toutefois, si la ferme produisait plus de fourrages et de pailles qu'il n'en faut pour la nourriture des bestiaux et pour faire les fumiers, le propriétaire ne serait plus fondé à reprocher au fermier qui les vendrait, un changement de destination (2). Ce cas peut devenir aujourd'hui plus fréquent qu'autrefois, à raison de l'extension des prairies artificielles; rien n'empêche un fermier qui a déjà assuré les besoins de la ferme, de cultiver des plantes fourragères avec l'intention d'en faire un objet de vente et de spéculation. C'est un produit qui lui appartient, et dont il peut librement disposer.

Il y a aussi des localités où les foins sont considérés comme objets de commerce appartenant au fermier. Cet usage existe dans certaines parties des départements de l'Eure et du Calvados. Mais le produit des prairies artificielles et tous les autres fourrages y sont regardés comme devant être consommés sur la ferme.

668. Enfin l'art. 1766 maintient et confirme l'obligation du fermier d'exécuter toutes les clauses du bail, et il lui donne pour sanction la résiliation du contrat, lorsque cette inexécution a causé du dommage au bailleur.

Les clauses du bail auxquelles se réfère notre article sont très-variées; la convention les détermine suivant la nécessité des lieux, la destination de la chose, les besoins particuliers de l'agriculture dans tel ou tel département (3). Nous ne saurions les passer en revue. Il en est cependant trois que nous allons rappeler spécialement: l'une qui a rapport à la prohibition de sous-louer et d'exploiter par soi-même, l'autre qui a rapport aux réparations locatives, la troisième qui règle le payement du prix.

Sur le premier point, je crois devoir faire connaître un arrêt inédit rendu par la cour royale de Nanci, le 12 juin 1840, dans une espèce où le bail obligeait les preneurs *à exploiter par eux-mêmes* la ferme, et leur interdisait de sous-louer; les preneurs avaient cru pouvoir transporter leur résidence hors des bâtiments de la ferme. Le propriétaire, craignant que leur éloignement ne nuisît à la bonne administration du domaine affermé, demanda la résiliation pour cause d'inexécution des clauses du bail.

Voici le texte de l'arrêt, qui me paraît équitable et juridique :

« Considérant que l'obligation imposée à Favetier et Salmon (les fermiers) d'*exploiter par eux-mêmes* la ferme *des Abouts*, n'a pas pour conséquence nécessaire de les contraindre à habiter les bâtiments mêmes de cette ferme;

« Qu'il suffit, tant pour l'exécution raisonnable de cette clause que pour l'accomplissement des devoirs imposés par la loi aux locataires des biens ruraux, que ceux-ci soient placés de manière à pouvoir imprimer aux travaux une direction intelligente et exercer par eux-mêmes une surveillance suffisante;

« Que la distance qui sépare la terre des *Abouts* de la poste de *Velaine* et de la propriété de *Brabois*, résidences actuelles de Favetier et Salmon, ne sont pas pour eux un obstacle réel à ce qu'ils exploitent par eux-mêmes dans le sens ci-dessus indiqué, surtout eu égard à la facilité de leurs moyens de transport, à leur activité et capacité spéciale, qui, de l'aveu de leur adversaire, a été l'une des causes déterminantes du bail;

« Considérant que l'exploitation personnelle de leur part est démontrée possible dans l'état actuel des choses, puisque, depuis deux mois, cette exploitation a lieu sans qu'on ait pu articuler qu'aucun dommage ni même aucune cause de dommage se soit encore manifestée par suite du changement de résidence des fermiers;

« Qu'au contraire, il est reconnu par le propriétaire que la ferme est en bon état, et qu'elle est actuellement susceptible d'une augmentation de loyer, dont même il a offert de tenir compte à ses fermiers dans le cas où la résiliation serait prononcée;

« Qu'à la vérité, il a droit de compter sur des améliorations progressives et continues jusqu'à la fin du bail, puisque c'est dans cette vue que le bail, passé pour un laps de temps considérable, a été concédé par préférence à des agriculteurs distingués sortant de l'école de Roville;

« Mais que Thiriet (le propriétaire) s'étant borné à exprimer des craintes pour l'avenir, en alléguant que les soins, les visites, la surveillance à donner à la ferme deviendront plus tard moins actifs, ces craintes ne peuvent être accueillies en présence de la possibilité ci-dessus reconnue en fait de satisfaire aux obligations du bail;

« Que si d'ailleurs elles se réalisaient plus tard, c'est-à-dire si les fermiers venaient à se relâcher de leur surveillance actuelle, s'ils ne continuaient pas à diriger les travaux par eux-mêmes comme ils l'ont fait jusqu'à présent, il serait temps seulement de se plaindre et d'agir;

« Par ces motifs, la cour met l'appellation au néant avec amende et dépens. »

Voyons maintenant notre second point.

669. On sait que le fermier est tenu, de droit, des

(1) D. 29, 2. 283. S., 30, 2, 110.

(2) Pothier, n° 190.

(3) Dans le cas d'une clause par laquelle le fermier s'est obligé à faire tous les charriages dont l'hospice bailleur pourrait avoir besoin, le fermier ne peut prétendre que les corvées, restreintes dans ce sens qu'elles n'excèdent pas la mesure de ce qu'on peut raisonnablement exiger d'un locataire, ne peuvent être exigées dans le temps de la récolte, des labours et des semailles.

Il n'y a pas lieu d'admettre anticipativement la demande en dommages-intérêts et en résolution du bail pour le cas où le fermier viendrait à ne pas exécuter les transports dont il pourrait être requis à l'avenir. (16 janv. 1836, C. de Brux.; Jur. de Belg., 1837, 1, 179.)

Le défaut de remplir l'obligation stipulée, sans clause résolutoire, d'employer annuellement 200 bottes de paille à la couverture des toits, ne peut donner lieu à la résiliation, s'il ne conste d'aucun dommage souffert par le bailleur, et s'il a été déféré immédiatement par le fermier à la réclamation faite à ce sujet. (4 janv. 1833, C. de Gand; Jur. de Belg., 1834, 2, 186.)

Lorsqu'un fermage dont le payement exact a été stipulé sous peine de résiliation, est quérable, la sommation de payer, à laquelle il n'a pas été satisfait immédiatement, mais seulement le lendemain, par des offres réitérées au bureau de paix, ne peut avoir pour effet d'entraîner la peine de la résiliation, alors surtout qu'il ne s'agit que d'un seul terme de bail de long cours, terme devenu seulement exigible depuis peu de jours, et dont le payement n'a pas eu lieu plus tôt par des circonstances particulières et toutes favorables à la cause du fermier. (4 juin 1833, C. de Gand; Jur. de Belg. 1834, 2, 186.) (*Édit. belge.*)

réparations locatives, soit par rapport aux édifices qu'il occupe (1), soit par rapport aux terres dont il a la jouissance (2), soit par rapport au mobilier attaché à la ferme (3). Mais pour prévenir toutes les difficultés, les baux contiennent ordinairement des clauses qui précisent ce qu'il y a à cet égard de vague dans la loi et d'indécis dans l'usage des lieux. On charge, par exemple, le preneur :

De charfouir et regratter le plan fruitier, d'épiner les hentes, d'arracher deux fois l'an, en juillet et septembre, les ronces, épines, genêts et autres mauvaises productions qui croissent sur les fonds;

De curer de trois en trois ans les rigoles des prés, ainsi que les mares destinées à abreuver les bestiaux ;

De détruire les taupes et les fourmilières ;

De faire fournir et employer tous les ans, sur les bâtiments couverts en chaume, une certaine quantité de paille, osiers et gaules pour servir aux couvertures (4);

De faire annuellement un certain nombre de journées de terrassiers (5), afin de curer les fossés (6) et relever les palissades, de manière que les bestiaux ne puissent sortir, et que les haies soient en bon état ;

De faire faire aussi, chaque année, un certain nombre de journées de maître maçon (7) pour réparer les bâtiments de la ferme, de telle sorte que le preneur, en justifiant à la fin de son bail des quittances d'ouvriers, se trouve libéré de réparations locatives ; à l'exception, toutefois, du pavage des cuisines et chambres, des ustensiles du four, des serrures des portes, des ferrements des fenêtres, lesquels objets il sera tenu de rendre en bon état ; de même que les tonnes qui se trouvent dans la cave de la ferme (8).

670. Quant aux clauses du bail qui ont pour objet le payement du prix, notre intention n'est pas de répéter ici ce que nous avons amplement développé aux nos 318 et suivants. Nous voulons seulement exposer quelques notions qui découlent de la condition particulière des preneurs de biens ruraux. Elles sont nécessaires pour prévenir certaines difficultés qui peuvent se présenter soit sur le lieu du payement, soit sur la manière de l'effectuer.

671. Sur le lieu du payement, dis-je.

Lorque le bail ne contient pas de stipulation, les principes généraux exigent que le payement des fermages se fasse au domicile du conducteur qui est le débiteur (9).

Mais presque toujours le bail oblige le fermier à payer au domicile du propriétaire les redevances en nature auxquelles il s'est soumis. C'est une condition qu'il doit remplir avec exactitude, quel que soit l'éloignement du bailleur.

Cette condition a même ceci d'aggravant, que, si les fermages périssent en route, même sans sa faute, la perte retombe sur lui, car ils sont à ses risques et périls jusqu'à ce qu'ils soient arrivés (10).

672. Il arrive souvent que, pendant la durée du bail, le propriétaire change de résidence. S'il va établir sa demeure dans un lieu plus éloigné du fermier, celui-ci sera-t-il tenu de lui voiturer ses prestations dans son nouveau domicile? Non. Ce serait aggraver la condition du fermier, et violer la règle du droit : *Nemo facto alterius prægravari debet*. Le propriétaire devra prendre ses mesures pour recevoir ou faire recevoir ses faisances et redevances au lieu indiqué lors du contrat (11).

Cependant, si le bailleur ne s'éloignait pas beaucoup de sa première demeure, le preneur ne serait pas reçu à élever des plaintes, et à faire des difficultés (12).

Ce que je viens de dire du cas de changement de domicile s'applique, par identité de raison, au cas où la vente du fonds affermé substitue un propriétaire à un autre.

673. Abordons maintenant quelques idées sur la manière dont le payement doit s'effectuer. Quand le fermage est payable en argent, les principes généraux et usuels suffisent pour lever tous les doutes. Mais si le prix de ferme consiste en denrées, l'application en est moins claire ; il convient donc de prévenir, par de courtes notions, les embarras de la pratique.

Il arrive très-souvent que le fermier est tenu de payer en sus de son prix des redevances en nature. Il y a même des contrées où la totalité du fermage se paye en denrées. Une première règle est à observer ; c'est que le fermier ne sera pas fondé à se libérer en argent contre le gré du propriétaire. Il doit payer de la manière promise et non pas en donnant *aliud pro alio* (13).

674. Que si les terres de la ferme n'avaient pas produit l'espèce de denrées qu'il doit livrer, il faudrait qu'il en achetât (14). A moins que le bail ne fît entendre que le propriétaire les avait réservées comme fruits de son cru (15).

C'est ce qu'explique très-bien le président Favre (16) : « Si tamen, dit-il, conveneril ut merces solvatur ex *iis ipsis mercedibus quæ in fundo locato nascerentur*, indubitatum est ad eam usque quantitatem, quæ mercedis nomine præstari debeat, damnum fructuum, quamvis perceptorum, ad locatorem pertinere. » Ainsi, si le bail portait que le fermier livrera au propriétaire tant de tonneaux de vin ou de cidre *du meilleur de la récolte*, la perte de la récolte le libérerait (17).

675. Dans le cas où le fermier est astreint à payer en nature, il ne saurait échapper à cette obligation, par la circonstance que le bail contiendrait l'évaluation des denrées en argent. Car cette évaluation n'a ordinairement pour but que de servir d'assiette à la perception du droit d'enregistrement (18), ou mieux encore, de faire connaître la valeur véritable du prix dans le cas où la ferme viendrait à être mise en vente.

676. Quelquefois le bail autorise le propriétaire à

---

(1) *Supr.*, n° 196, la loi romaine que je cite. — Lorsqu'il est dit dans un bail que le preneur devra entretenir tous les bâtiments en y faisant toutes les réparations nécessaires, tant grosses que menues, on ne peut donner, à cette expression *grosses réparations*, le sens qu'elle a dans l'art. 606 du Code civil. Notamment le preneur ne peut être tenu de celles nécessitées par un vice de construction, pas plus que de celles commandées par la vétusté. (7 mai 1834, C. de Brux.; Jurispr. de Belg., 1835, 2, 33.)
(*Édit. belge.*)

(2) *Supr.*, n° 296, et surtout nos 178 et suiv.

(3) *Supr.*, n° 180.

(4) *Junge* M. Vaudoré, n° 90. *Suprà*, n° 668.

(5) Ordinairement c'est 10 journées.

(6) Pothier, n° 224. *Supr.*, n° 179.

(7) Ordinairement c'est 12 journées.

(8) *Supr.*, n° 180.

(9) Pothier, *Oblig.*, n° 549, et *Louage*, n° 136.

(10) M. Duvergier, t. 2, n° 129.

(11) Pothier, n° 137.

(12) Id., *ibid.*

(13) M. Toullier, t. 7, n° 47.

(14) Id., n° 49.

(15) Id., n° 51.

(16) Code, lib. 4, t. 42, déf. 22.

(17) V. au surplus art. 1771, n° 718.

(18) M. Toullier, n° 50.

exiger de l'argent au lieu des denrées promises (1); d'autre part, le fermier aussi peut avoir la faculté de se libérer en argent, à son choix. Dans ce cas, quelle est la base d'évaluation qui sera prise? Estimera-t-on le blé, le vin, etc., suivant le prix de l'année, ou bien suivant le prix des fruits, abstraction faite de l'année? La question est importante par ses résultats. Le prix peut être très-élevé telle ou telle année, par rapport au prix d'habitude; il peut aussi être très-modique. Ainsi, suivant qu'on s'en tiendra au prix commun ou au prix de l'année, le fermier pourra payer une plus forte ou une moindre somme.

Les clauses du contrat seront ordinairement suffisantes pour éclairer les juges sur le parti qu'il faudra préférer (2). Dans le doute, cependant, je pense qu'il faudra s'aider d'une distinction. Ou la partie prétend opérer une conversion définitive de la redevance en argent, de telle sorte que cette évaluation serve de règle à toutes les années à échoir, et alors on prendra le prix moyen d'après un certain nombre d'années échues, compensation faite des bonnes, des médiocres, des mauvaises. Ce calcul sera juste. Car l'avenir qu'il s'agit de régler comprendra certainement des années d'inégale fertilité, et ce n'est que par une moyenne proportionnelle qu'on évitera de grever le débiteur d'un prix trop élevé par rapport aux années où les denrées seront bon marché, ou de lui faire payer un prix trop faible par rapport aux années trop chères.

Ou bien la partie ne demande la conversion en argent, que pour l'année seule où l'on se trouve, se réservant d'user de ses droits comme elle l'entendra pour les années suivantes, et il est évident alors que l'évaluation devra se faire d'après le prix des denrées de l'année. Car le fermage en argent est la représentation du fermage en nature. Les denrées prises sur la récolte de l'année doivent être remplacées par les prix de l'année.

677. Presque toujours les baux à ferme contiennent quelque clause qui oblige le fermier à faire des charrois (3). Tantôt l'obligation est restreinte au transport des matériaux nécessaires pour les réparations de la ferme; tantôt elle a plus d'étendue et elle embrasse « tous transports de matériaux, bois de chauffage, bois de charpente, *dont le propriétaire aura* « *besoin.* »

Le bailleur ne doit pas exiger ces transports à l'époque où les travaux pressants des récoltes occupent ailleurs les voitures, les chevaux et les ouvriers du fermier; l'équité veut qu'il attende un temps plus commode (4), à moins qu'il n'y ait pour lui une impérieuse nécessité, à laquelle il n'aurait pas donné lieu par sa faute (5).

678. Je pense que le propriétaire serait tenu à ces ménagements alors même que le bail porterait que le fermier ferait ces charrois *à la première réquisition*. C'est le cas d'appliquer cette règle : *Res non sunt amarè tractandæ*.

679. La stipulation de transporter des matériaux pour les réparations de la ferme ne comprend que les voitures nécessaires pour maintenir la ferme dans l'état où elle était lors du bail. Ainsi, si le propriétaire veut couvrir en tuile un des bâtiments couverts en chaume, le fermier ne sera pas tenu au surcroît de voitures que ce changement occasionne. Le propriétaire ne peut, par son fait, rendre plus dures les charges du fermier (6).

Il en sera de même si la ferme est incendiée. Il serait trop dur de mettre au compte du fermier toutes les voitures que nécessite une reconstruction; car il n'est censé avoir voulu s'associer qu'aux réparations ordinaires d'entretien, et non aux travaux imprévus auxquels un grand désastre donne lieu (7).

680. Aussi, les propriétaires qui veulent obtenir de leurs fermiers une coopération plus large, ont-ils soin d'insérer dans le contrat la clause extensive dont je parlais au no 677. Mais quelle que soit la latitude qu'elle donne au bailleur, il évitera de pousser son droit jusqu'à l'abus. Il n'oubliera pas que le contrat de bail est un contrat de bonne foi et que les deux parties ont ensemble des rapports dont l'âpreté doit être bannie.

681. Quant à la question de savoir si les prestations en nature sont susceptibles de s'arrérager, je renvoie à ce que j'ai dit ci-dessus, no 330.

682. On recourra aussi aux nos 316, 317, 320, 465 et 533 pour ce qui concerne la résiliation du contrat.

Article 1767.

Tout preneur de bien rural est tenu d'engranger dans les lieux à ce destinés d'après le bail.

SOMMAIRE.

683. But de notre article.
684. Préjudice qui résulterait pour le bailleur de l'engrangement des récoltes dans les bâtiments d'un autre propriétaire.
685. L'article s'applique aussi bien au colon partiaire qu'au fermier.
686. A défaut de convention sur le lieu d'engrangement, l'usage tient lieu de loi.

(1) V. un exemple dans une espèce rapportée dans les arrêtistes : D., 38, 1, 135. ., S..38, 1, 141. Palais, 81, 514.
(2) V. un arrêt de la cour de Paris, rapporté par les arrestographes, *loc. cit.* M. Duvergier le critique (t. 2, no 125); mais lorsqu'il s'agit d'apprécier les clauses d'un contrat, il est difficile de prendre un parti quand on n'a pas eu l'acte entier sous ses yeux.
(3) Pothier, *Louage*, nos 205 et suiv. *Supr.*, no 330.
(4) Id., *loc. cit. Supr.*, no 668, aux notes.
(5) Id.
(6) Id.
(7) Id.

COMMENTAIRE.

683. Cet article a pour but d'assurer le privilége du propriétaire sur les fruits de sa ferme (1), de conserver intact son droit de suite et de revendication. C'est une sûreté que la loi lui donne, afin de prévenir la soustraction de son gage (2), et de lui éviter l'exercice souvent périlleux du droit de suite et de revendication (3). M. Duvergier a cru à tort que l'art. 1767 est pour le bailleur une confirmation et une sanction de ce droit de suite (4). C'est tout le contraire; car il n'y a lieu au droit de suite qu'autant qu'il y a déplacement, et si les fruits sont engrangés dans les lieux désignés par le bail, il n'y a pas de déplacement. Dès lors il est évident que le législateur, en forçant le fermier à engranger dans les lieux convenus, a entendu rendre aussi rare que possible l'action en revendication qui est soumise à de certaines restrictions.

684. On peut voir au surplus dans mon Comm. des *Hypothèques* (5) quelle complication d'intérêts se formerait entre le propriétaire de la ferme et le locateur d'une grange dans laquelle le fermier transporterait des récoltes. Presque toujours celui-ci jouirait sur les fruits engrangés d'un privilége qui primerait celui du bailleur de la ferme.

685. L'obligation de l'art. 1767 est imposée au colon partiaire aussi bien qu'au fermier, ainsi qu'il résulte de la modification apportée à l'article primitif du projet de Code. En effet, le tribunat fit substituer à ces mots *tout fermier*, écrits dans le projet d'article, cette expression plus large, *tout preneur de bien rural* (6).

Le propriétaire peut, en effet, avoir à exercer son action contre son colon pour les réparations locatives et les autres clauses du bail. L'on sait que l'art. 2102 du Code civil lui donne privilége pour ces causes aussi bien que pour le payement du prix.

686. Au reste, s'il n'existait pas de bail écrit ou si ce bail était muet sur les lieux d'engrangement, on se conformerait à l'usage suivi dans la ferme. Cette observation se justifie autant par elle-même que par les observations du tribunat qui proposa de supprimer les mots *d'après le bail* (7), et de dire *les lieux à ce destinés*. Il est clair, en effet, qu'à défaut de convention, l'usage est la loi des parties. A la vérité, l'amendement du tribunat n'a pas amené en définitive la correction du texte. Mais il n'importe! son observation subsiste; elle est dans l'esprit de notre article et dans les vrais principes du contrat de louage.

Article 1768.

Le preneur d'un bien rural est tenu, sous peine de tous dépens, dommages et intérêts, d'avertir le propriétaire des usurpations qui peuvent être commises sur le fonds.

Cet avertissement doit être donné dans le même délai que celui qui est réglé en cas d'assignation, suivant la distance des lieux.

SOMMAIRE.

687. Obligation imposée au preneur d'un bien rural d'avertir le bailleur des usurpations commises sur son fonds.
688. Sanction rigoureuse de cette obligation.
689. Le mot *usurpations* comprend non-seulement les envahissements, mais encore les simples troubles et entreprises.
690. C'est une erreur de croire que le fermier n'est pas obligé de dénoncer au propriétaire les poursuites judiciaires ou extrajudiciaires dirigées contre lui à propos du fonds affermé.
691. Nous croyons, avec la cour de cassation, que le preneur doit compte à son propriétaire de toute espèce de troubles.
692. Dans quel délai l'avertissement doit-il être donné?
693. Dans quelles formes?
694. Notre article s'applique à *tout preneur* de bien rural, colon ou fermier.

COMMENTAIRE.

J'ai dit ailleurs (8) que le preneur engage sa responsabilité personnelle lorsqu'il ne fait pas connaître au propriétaire les usurpations et les troubles commis sur le fonds. L'art. 1768 formule cette obligation du fermier en termes rigoureux; car il le rend passible de tous dépens, dommages et intérêts.

Mais cette rigueur s'explique par la position du fermier. Il est présent sur les lieux; par ses occupations agricoles de tous les jours, il surveille les limites; il est le gardien naturel et nécessaire de ces terres, dont toutes les parties sont tributaires de son travail. C'est donc à lui qu'il appartient d'informer le propriétaire, presque toujours absent, des troubles qui menacent sa propriété ou des usurpations qui ont amené sa dépossession. Il commettrait une faute grave si, par son silence, il le laissait dans une ignorance préjudiciable (9).

688. Ainsi, par exemple, si mon voisin possède

(1) Sur ce privilége et son fondement, V. mon Comm. des *Priviléges et Hypoth.*, t. 1, 158.

(2) M. Mouricault (Fenet, t. 14, p. 336). Locré, t. 7, p. 204, n° 15. M. Duranton, *Louage*, n° 18.

(3) Sur ce droit, voy. le même ouvrage, nos 165 et suiv.

(4) T. 2, n° 101.

(5) T. 2, nos 165 et suiv.

(6) Fenet, t. 14, p. 285. Locré, t. 7, p. 187, n° 24.

(7) Id., ibid. Locré, ibid.

(8) Nos 281 et 296.

(9) M. Mouricault (Fenet, t. 14, p. 336). Locré, t. 7, p. 204, n° 15. M. Proudhon, *Usufruit*, t. 13, n° 474.

par an et jour quelque partie de la ferme usurpée pendant le cours du bail, mon fermier, qui ne m'a pas mis à même de faire cesser cet attentat à ma propriété, sera tenu de m'indemniser du dommage que j'éprouve (1).

689. Quoique l'art. 1768 ne parle que des *usurpations*, on ne doit cependant pas lui donner une interprétation tellement restrictive qu'il faille exclure les cas de *troubles* apportés à la jouissance. L'art. 1736 du Code civil, combiné avec notre article, généralise le sens de ce mot *usurpation*, et démontre qu'il doit s'entendre, non pas seulement des envahissements proprement dits, des anticipations matérielles, mais encore de tous les faits qui portent atteinte au droit de propriété ou à la possession, et constituent ce que l'on appelle en droit *une entreprise* (2). Ainsi, le fermier dont la possession aurait été troublée par un voisin qui ne voudra pas le laisser jouir d'une servitude due à la ferme, devra se conformer à la disposition de notre article, tout aussi bien que si un ou plusieurs sillons lui avaient été effectivement ravis (3).

690. Souvent, au lieu de se manifester par des voies de fait, les prétentions rivales d'un voisin éclatent par des actes judiciaires ou extrajudiciaires qui s'adressent à la personne du fermier (4). Un auteur (5), prenant pour point de départ cette idée vraie en général (6), que l'action intentée contre le fermier pour ce qui se rattache au droit de propriété, est mal dirigée, conclut de là qu'il n'y a aucun motif pour obliger le fermier à dénoncer au propriétaire des actes qui n'ont aucune vertu ni valeur contre lui, puisqu'ils sont irrelevants. Je n'adopte pas cette conséquence. Les art. 1726 et 1727 me paraissent la condamner (7). Sans doute le fermier assigné en justice est maître de requérir d'être tiré des qualités, et rien ne l'oblige envers le demandeur, à mettre en cause son garant; en d'autres termes, il peut se renfermer, par rapport à l'auteur du trouble, dans un rôle passif, et opposer à l'action une résistance d'inertie. Mais ce n'est pas envers son propriétaire qu'il lui est permis d'adopter un tel système. Ici ces obligations sont plus étroites; son devoir l'oblige à agir et à ne pas laisser ignorer au propriétaire l'orage qui se prépare contre lui (8). Est-ce que des prétentions hautement élevées par un adversaire qui a presque engagé la lutte, ne sont pas de nature à porter atteinte au crédit du propriétaire? Si, par exemple, il voulait vendre, qui achèterait de lui en présence d'une agression qui met ses droits en question? Ne doit-il donc pas connaître l'acte dont son fermier a été touché, soit pour préparer sa défense, soit pour prendre, s'il y a lieu, l'initiative de l'attaque?

Dans certains cas, d'ailleurs, les sommations faites au fermier peuvent avoir des conséquences plus graves encore. Supposons qu'un voisin lui ait fait défense d'exercer un droit de servitude de passage attribué par titre au fonds affermé, et que par crainte des menaces personnelles dont cette inhibition était accompagnée, le fermier cesse de passer sur l'héritage asservi; que deviendra la servitude si le propriétaire n'est pas appelé à temps pour intervenir et empêcher son droit de périr par le non-usage?

691. Disons donc que le fermier doit rendre compte au propriétaire de toutes les espèces de trouble dont il a connaissance. Cette doctrine rentre dans la jurisprudence de la cour de cassation (9). Cette cour a même décidé que le trouble est censé avoir commencé le jour où le fermier a reçu la sommation et non pas le jour plus ou moins tardif où le fermier l'a dénoncée au propriétaire (10).

692. Quant au délai qui est donné au fermier pour avertir le bailleur, l'art. 1768 veut que l'avertissement soit donné dans le même délai que celui qui est réglé en cas d'assignation, suivant la distance des lieux (11). Cette distance est celle qui existe entre le bien rural que cultive le fermier et le domicile du propriétaire. Comme le fermier est toujours présent, la loi suppose qu'il a eu connaissance de l'usurpation dans l'instant même où elle a été faite (12), et le délai court contre le fermier à partir de ce moment. Il ne serait que très-difficilement reçu à prouver qu'il avait ignoré la voie de fait.

693. L'art. 1768 ne détermine pas la forme de cet avertissement. Lorsque la bonne intelligence règne entre le propriétaire et son fermier, il n'y a pas d'inconvénients à ce qu'il soit verbal. Mais si le fermier a à redouter de la part du propriétaire des tracasseries ou de mauvais procédés, il prendra soin de donner l'avertissement par écrit ou même par acte d'huissier.

694. L'art. 1768 n'a pas seulement été fait pour le fermier proprement dit. Il s'applique aussi au colon partiaire; *tout preneur de bien rural*, dit le § premier.

Article 1769.

Si le bail est fait pour plusieurs années, et que, pendant la durée du bail, la totalité ou la moitié d'une récolte au moins soit enlevée par des cas fortuits, le fermier peut demander une remise du prix de sa location, à moins qu'il ne soit indemnisé par les récoltes précédentes.

S'il n'est pas indemnisé, l'estimation de la remise ne peut avoir lieu qu'à la fin du bail, auquel temps il se fait une compensation de toutes les années de jouissance.

Et cependant le juge peut provisoirement dispenser le preneur de purger une partie du prix en raison de la perte soufferte.

(1) Pothier, no 191.
(2) Voyez aussi l'art. 614 du C. C., et M. Proudhon, *Usufruit*, no 1473.
(3) M. Duvergier, t. 2, no 113.
(4) *Supr.*, no 268.
(5) M. Duvergier, t. 2, no 114.
(6) V. *supr.*, no 268, ce que dit Charondas à cet égard.
(7) V. no 268, *supr.*
(8) M. Merlin, vo *Garantie*, p. 456, col. 2; in-8o, t. 13, p. 1 et 2.
(9) Arrêt du 12 octobre 1814 (Dalloz, vo *Action possessoire*, p. 248 et 249; in-8o, t. 1, p. 288. Sirey, 15, 1, 124. Palais, t. 43, 129).
(10) Même arrêt.
(11) Art. 72, 73, 1033, C. pr. c.
(12) Proudhon, *Usufruit*, no 1474.

ARTICLE 1770.

Si le bail n'est que d'une année, et que la perte soit de la totalité des fruits, ou au moins de la moitié, le preneur sera déchargé d'une partie proportionnelle du prix de la location.

Il ne pourra prétendre aucune remise, si la perte est moindre de moitié.

SOMMAIRE.

COMMENTAIRE.

695. Lorsque les désastres de la nature ou tout autre ravage de force majeure privent le fermier d'une portion notable des fruits de l'année, qui sont une partie même de la chose, la loi a égard à cette privation de jouissance, et elle lui donne droit à une remise du prix de location. Telle est la règle dont les art. 1769 et 1770 présentent l'organisation. Elle découle du principe plus général écrit dans l'art. 1722, et d'après lequel tout locataire qui, par un événement de force majeure, éprouve un empêchement de jouir de tout ou de partie de la chose louée, a une action en indemnité contre le locateur.

L'application de ce principe à la ferme des biens ruraux n'avait pas échappé aux créateurs de la science

du droit civil. Servius Sulpicius, ce prince des jurisconsultes de son temps (1), ce logicien si puissant et si ingénieux (2), la mit en lumière (3); elle fut développée par Caïus (4), Papinien (5), Ulpien (6), et elle devint usuelle dans la pratique (7). Le droit canon s'en empara pour les fermiers de l'Église (8); toujours on la considéra comme dérivant de la nature même du contrat de louage (9). En effet, les fruits non récoltés, les fruits pendants sont une partie du fonds; tant qu'ils ne sont pas récoltés par le fermier, le droit d'accession leur impose la même condition que celle du fonds même. Ils sont donc, comme le fonds, aux risques du locateur. Tel est le point de vue des jurisconsultes romains. Personne n'a mieux fait ressortir que le président Favre le fond de leur pensée. Je vais citer ses expressions :

« Longè alia ratio est fructuum ex fundo locato *perceptorum*, alia *percipiendorum* : qui percepti sunt, « quoniam perceptione facti sunt conductoris, ejus « periculo sunt (10). At percipiendi, *quia partem fundi* « *efficiunt* quamdiù in fundo sunt, tametsi jam ma- « turi et pendentes sunt, *non in alterius quàm loca-* « *toris dominio esse possunt*. Ergo vim omnem ma- « jorem cui resisti non potest, sive divina illa sit, « sive humana, ut Bartolus loquitur, dominus colono « præstare debet... ratione illâ generali quæ adfertur « in fine § 2, leg. 15, *quod locator præstare debeat* « *conductori ut frui possit* (11). »

En effet, quel est le moment précis où les fruits passent dans le domaine du fermier? C'est celui de la perception. Donc, avant la perception, ils font partie du fonds et sont de la même condition. Donc, si des accidents de force majeure les détruisent, c'est comme si une partie du fonds même se trouvait détruite (12). Telle est la raison irrésistible qui sert de base à la théorie du droit romain. Comment n'aurait-elle pas frappé Servius Sulpicius, lui qui avait réduit la jurisprudence en un art « quæ doceret, dit Cicéron, habere « regulam quâ vera et falsa judicarentur, et quæ, « *quibus positis*, *essent vel non essent consequen-* « *tia* (13). »

696. C'est faute d'être remonté à cette source, que M. Duvergier a cru, sur la foi d'un mot échappé à M. Delvincourt (14), que l'action du fermier n'a été introduite en droit romain et reçue en droit français que par équité, et nullement en vertu des principes du contrat de louage. J'ai déjà eu occasion de m'élever contre cette opinion paradoxale (15). Indépendamment du motif péremptoire qui donne une base si logique à cette action, il suffit de jeter un coup d'œil rapide sur l'économie du § 2 de la loi 15, D. *locat. conducti*, pour se convaincre qu'Ulpien, en reproduisant le sentiment de Servius, n'entendait nullement consacrer une exception aux règles naturelles du contrat de louage. Voyez-le, en effet, passer en revue les différents désastres qui peuvent dévaster les fruits pendants; distinguer les fruits perçus des fruits non encore récoltés; puis, arriver sans transition au cas où c'est le fonds lui-même qui est détruit, afin de terminer par ce dernier trait, le plus saillant de tous, l'énumération des causes de recours du fermier! Comment ne pas voir que, dans sa pensée, toutes ces causes procédant de la même origine sont placées sur la même ligne? Comment ne pas voir que le jurisconsulte rapporte tout à une seule idée, le défaut de jouissance, base de l'action *ex conducto*? Et cette idée ne devient-elle pas plus éclatante que la lumière, lorsque l'on remonte au § 1, dont le § 2 n'est que le développement, et dans lequel Ulpien écrit ces paroles destinées à servir de frontispice à ses déductions. « Competit actio ex his causis ferè, *ut putà si re*, « *quam conduxit*, FRUI EI NON LICEAT! » Or, peut-on dire que le fermier a joui lorsque des sinistres imprévus lui ont ravi les fruits qui sont une partie du fonds et qui constituent pour lui la jouissance même de la chose?

697. Mais, dit M. Duvergier, n'est-il pas extraordinaire d'exiger que le bailleur garantisse que la jouissance du fermier sera plus ou moins profitable, et que le fonds produira plus ou moins de fruits? Qu'il soit garant de la jouissance du fonds, rien de plus juste; mais il répugne à la nature du bail de le rendre garant de la quotité des fruits; car on sait que dans tout bail à ferme, il y a toujours du côté du fermier une chance, une espérance plus ou moins incertaine de percevoir telle ou telle quotité de fruits (16).

Cette argumentation dénote une confusion qu'il faut faire disparaître.

Je l'ai dit ailleurs (17) : oui, le bail à ferme, quoique étant un contrat commutatif, contient dans une certaine mesure quelque chose d'aléatoire. Le fermier doit compter sur des années médiocres et mauvaises, comme il peut espérer des récoltes abondantes; mais il est évident que ces chances, ordinaires dans le cours des baux, ont été prévues lors de la fixation du prix. Un calcul moyen a été fait, et le canon a été basé là-dessus. A la vérité, il n'est pas impossible que le calcul devienne fautif : une série d'années médiocres peut diminuer la source des gains qui avaient fait l'espérance du fermier. Mais il n'importe; ce mécompte ne doit pas entrer en considération pour déranger les bases du contrat. Si le fermier a perdu, c'est une chance à laquelle il a dû s'attendre en traitant à prix ferme pour tant d'années; n'aurait-il pas pu gagner et voir se succéder pendant sa jouissance des années de fertilité? L'équité veut donc qu'il n'élève pas la voix et qu'il ne recherche pas minutieusement le propriétaire, lui à qui on n'envie pas les gains considérables qu'il aurait pu faire : peut-être qu'en droit strict il le pourrait (18); mais ce serait du *summum jus*, et il ne doit pas y en avoir dans un contrat de bonne foi tel que le bail.

Ainsi donc, il ne faut pas demander ici une égalité mathématique; des extrêmes ont été posés : on a dit au fermier : Vous jouirez pendant neuf ans des fruits que la terre produira naturellement pendant ce laps de temps, et pour prix de cette jouissance, vous paye-

(1) Cicéron, *in Brut.*, c. 41, 42.
(2) Id.
(3) L. 15, § 2, D. *Loc. cond.*
(4) L. 25, § 6, *ibid.*
(5) L. 15, § 4, *ibid.*
(6) Même loi.
(7) V. les textes et les rescrits des empereurs rapportés dans les Pandectes de Pothier, au tit. *de Loc. cond.*, n°s 51 et suiv.
(8) Decret. Gregor., lib. 3, t. 18, c. 3. *Propter sterilitatem.*
(9) Fachin, *Cont.*, lib. 1, c. 90. Pothier, n°s 144, 153.
(10) L. 61, § *Locavi*, D. *De furtis.*
(11) *Ration.*, sur la loi 15, § 2, D. *Loc. cond.*
(12) Ce qui amène l'application de l'art. 1722.
(13) *In Brut.*, c. 41 et 42.
(14) *Supr.*, n° 229.
(15) N°s 229, 238, 240.
(16) T. 2, n° 151.
(17) *Supr.*, n° 240.
(18) *Supr.*, n° 240, le passage de Favre, et *infr.*, n° 702, la jurisprudence de certains parlements.

rez 5,000 fr. Eh bien! ce fermier profitera des chances heureuses qui se placeront dans ce cercle, de même qu'il subira les chances défavorables que le cours ordinaire des choses lui enverra pour diminuer ses bénéfices.

Mais si des circonstances fatales, si des perturbations violentes lui enlèvent inopinément et avec un notable dommage les fruits que la nature avait fait naître, les moissons qui couvraient le sol; alors la base du contrat est renversée; les chances ont dépassé les prévisions des parties; on ne peut plus dire que le preneur a eu la jouissance de la chose louée, puisqu'une partie réelle, considérable, en a été supprimée (1). L'équité qui lui fermait la bouche quand il ne s'agissait que d'une perte minime, cesse ici d'avoir raison. Le droit reprend son empire, et il faut s'en tenir au principe, que le bailleur doit faire jouir le preneur paisiblement.

On le voit donc, il y a dans l'argumentation de M. Duvergier un oubli et une erreur. Un oubli, en ce qu'il n'a pas fait attention que les fruits sont une portion de la chose, et que leur perte équivaut à la perte d'une partie de la chose. Une erreur, en ce qu'il croit que c'est l'équité seule qui permet au fermier de demander un dégrèvement pour le cas de sinistre majeur, tandis qu'au contraire, c'est l'équité qui lui défend d'intenter l'action en indemnité quand le dommage n'est pas d'une aussi grande considération (2).

698. Au surplus, quoique l'auteur que j'ai combattu s'évertue à voir dans les art. 1769 et 1770 une dérogation à la nature du bail, il reconnaît cependant qu'ils se légitiment aux yeux de l'équité par l'intérêt de l'agriculture. Nous verrons cependant tout à l'heure que d'autres jurisconsultes les ont attaqués même sous ce dernier rapport, et qu'ils ont vu en eux une grave et fâcheuse atteinte au droit de propriété (3)!

699. Quoi qu'il en soit, voyons quelle est la portion de fruits dont la perte devra être supportée par le fermier sans se plaindre, et sachons à quel degré il faut que cette perte arrive pour donner ouverture à l'action *ex conducto*.

Les lois romaines se tenaient à cet égard dans des généralités qui livraient cette appréciation à l'arbitraire du juge. Caïus, en effet, se bornait à dire: « Vis major... non debet conductori damno esse, « SI PLUS QUAM TOLERABILE EST, *læsi fuerint fructus.* « *Alioquin*, MODICUM DAMNUM, *æquo animo, ferre de-* « *bet colonus, cui immodicum damnum non aufer-* « *tur* (4). »

700. Les commentateurs du droit romain et les canonistes ont essayé d'aller plus loin. Ils demandèrent: Jusqu'où le dommage doit-il arriver pour être intolérable?

Un des plus anciens glossateurs, Jean, voulait que l'on s'en rapportât à l'opinion locale (*ex vulgi opinione*), pour savoir s'il y avait stérilité ou abondance; et ce sentiment fut longtemps dominant (5).

D'autres pensaient qu'il n'y avait stérilité, dommage intolérable, qu'autant que la récolte ne donnait pas même la semence, ou ne couvrait que les frais de culture; c'était l'opinion défendue par la glose et par Bartole (6).

Mais les canonistes qui commentèrent le chapitre *propter sterilitatem* (7), se plaçant au point de vue des principes relatifs à la lésion d'outre moitié en matière de vente, exigèrent que la perte fût de plus de la moitié de la recette ordinaire (*ut non percipiatur dimidium ejus, quod consuetum est colligi annuatim ex* RE LOCATA) (8). Cette doctrine, enseignée par Imola (9) et d'autres canonistes célèbres, était généralement adoptée par les interprètes des lois canoniques; *quæ opinio apud canonistas videtur magis communis*, dit Claperiis (10). Et c'est de là qu'elle nous est venue (11). J'insiste sur cette origine, parce qu'elle ne sera pas inutile pour la solution des questions que nous agiterons plus bas (12).

Mais comment cette perte devra-t-elle se calculer? sur la quantité des fruits seulement, comme le voulaient les canonistes? ou sur la valeur des fruits, comme le soutenait Bartole (13)? ou bien sur la quotité des fruits, combinée avec leur valeur vénale?

De ces trois opinions, la dernière était attaquée avec de graves arguments par François Claperiis (14), et par Brunemann (15); suivant ces jurisconsultes, deux circonstances devaient concourir : 1° perte de plus de la moitié des fruits qu'on a coutume de percevoir dans les années ordinaires; 2° valeur des fruits restant à un taux inférieur à la moitié du prix de la ferme.

Soit, par exemple, le fonds Sempronien loué pour 150 florins: les fruits de cet immeuble, déduction faite des frais de culture, sont ordinairement de quinze sacs de blé, et chaque sac se vend, prix commun, 10 florins. Par suite des désastres de la saison, la récolte ne donne que sept sacs, c'est-à-dire moins de la moitié; mais comme la disette a été générale et que le froment se vend extrêmement cher, le prix du sac monte à 25 florins, ce qui élève à 175 florins les profits du fermier! Si cependant l'on voulait suivre l'opinion d'Imola et des canonistes, le fermier pourrait prétendre à une réduction, lui à qui la mauvaise récolte a été avantageuse! Mais quoi de plus absurde et de plus inique (16)?

Donc, pour être juste, il faut tenir compte de la valeur des denrées (17).

Mais, d'un autre côté, l'opinion de Bartole n'est pas moins défectueuse.

Supposons, en effet, que le fermier ait récolté neuf sacs, et qu'à cause de la grande quantité de grains transportée par les arrivages de mer, le sac ne se vende que 5 florins. Comme le fermier n'a fait qu'un profit de 45 florins, c'est-à-dire de moins de la moitié du canon, l'opinion de Bartole conduirait à dire qu'il a droit à un dégrèvement. Mais rien n'est plus con-

(1) V. *supr.*, n° 140.

(2) *Supr.*, nos 140 et 183. V. *infr.*, nos 702 et 704, la jurisprudence des parlements, qui, plus sévères dans l'application des principes, n'admettaient pas la compensation des années bonnes et mauvaises.

(3) *Infr.*, n° 704.

(4) L. 25, § 6. D. *Loc. cond.*

(5) Franç. de Claperiis, causa 44, quæst. 1, n° 2.

(6) Sur la loi *Merces*, § *Si vis major*, D. *Loc. cond.*

(7) Au décret Gregor., tit. *De locato.*

(8) Claperiis, n° 4.

(9) V. Claperiis, *loc. cit.*

(10) Sur le ch. *Propter sterilitatem*, au décret Greg. tit. *De loc.*

(11) *Junge* Covarruvias, *Quæst., part.* 30, Pinellus, *ad leg.* 2. C. *De rerum vend.*, part. 1, c. 3, n° 12.

(12) *Infr.*, n° 720.

(13) Sur la loi *Licet*, C. *De loc.*

(14) François de Clapiers, seigneur du Pujet, reçu conseiller au parlement de Provence en 1644.

(15) Sur la loi 15, D. *Loc. cond.*

(16) Claperiis, n° 12.

(17) V. dans Brillon, v° *Bail*, n° 54, la citation d'un arrêt du parlement de Bordeaux, qui vient à l'appui de ce sentiment.

traire aux principes. Car le propriétaire n'est pas responsable de la dépréciation du prix des récoltes. La raison, continuent Claperiis et Brunemann, exige donc deux conditions: perte de plus de moitié dans les fruits; perte de plus de moitié dans le prix des fruits sauvés (1).

Telle était aussi l'opinion de Voët (2).

701. Ces divers systèmes étaient bien connus de l'arbitre de notre ancien droit français, de Pothier. Mais il crut devoir s'abstenir de les peser et de les discuter. « La décision de cette question, disait-il, « doit être à l'arbitrage du juge (3). »

702. Il y avait un second point que l'ancienne jurisprudence laissait aller à de fâcheuses variations.

D'après la loi romaine et le droit canon, on compensait la stérilité d'une année avec la fertilité de l'autre (4). Mais dans le ressort de certains parlements, celui de Toulouse, par exemple (5), et celui de Bordeaux (6), ce tempérament n'était pas admis; on tenait que chaque année portait avec elle son cas fortuit et son rabais (7). On considérait comme une injustice d'enlever au fermier des gains légitimement acquis, et l'on ne permettait pas que des raisons d'équité fissent fléchir le principe: que le fermier, privé d'une partie de la chose, doit être indemnisé. Dans d'autres ressorts, on suivait bien la loi romaine pour les cas de calamités naturelles, comme grêles, orages, etc., etc. (8). Mais si le fermier était pillé par les ennemis, on faisait une exception en sa faveur, et on le déchargeait de la redevance, encore que son bail fût de plusieurs années, et que des récoltes ultérieures pussent le dédommager de sa perte (9).

703. Le Code civil pose en principe le droit du fermier à une indemnité quand sa perte est majeure; mais il consacre d'une manière générale et absolue la règle de la compensation. Sans elle, l'action en indemnité ne serait le plus souvent qu'une grande injustice et une rigueur excessive contre le propriétaire. Un bail, quoiqu'il comprenne plusieurs années, est un tout qu'il faut apprécier dans son ensemble. Prendre chaque année à part, et la détacher des années qui précèdent ou qui suivent, c'est supposer qu'il y a autant de locations partielles que d'années, et c'est là une erreur très-dangereuse (10).

De plus, le juge a devant lui une règle qui limite le pouvoir discrétionnaire que Pothier lui attribuait. C'est que la perte doit être au moins de la moitié de la récolte. Nous verrons plus tard comment cette perte doit être calculée; plusieurs questions importantes seront examinées par nous.

704. Mais avant tout, nous devons dire que ces dispositions du Code civil éprouvèrent quelques critiques de la part des cours d'appel.

Toulouse, craignant les embarras trop réels des liquidations (11), défendait la jurisprudence de son parlement (12), qui avait (on ne peut le nier) l'avantage de la simplicité à côté de l'inconvénient du *summum jus!* Agen, venant à son secours, et se plaçant dans les termes du droit strict, disait (13): « Vous dénatu- « rez le contrat; car le fermier ne l'a consenti que dans « l'espérance de faire des profits. L'assujettir à rendre « compte de ces profits, sous quelque prétexte que « ce puisse être, c'est le priver d'un bien légitime- « ment acquis. Laissez donc le fermier retenir son « indemnité sur le prix du bail pour l'année, *sans* « *aucune supputation des années subséquentes ou an-* « *térieures.* »

Mais Lyon, prenant le contre-pied de ce système, et considérant le fermier comme assujetti par la force du bail à tous les accidents de nature à affecter les récoltes, Lyon, dis-je, attaquait le principe même de l'indemnité avec une expression aussi spécieuse que véhémente (14).

« En lisant ces articles..., disait-elle, tous les pro- « priétaires ont été glacés d'effroi; ils ont unanime- « ment pensé que, s'ils étaient adoptés, il fallait ou « n'avoir plus que des colons partiaires, ou renoncer « à être propriétaire. Quoi! s'il arrive une grêle, une « coulure, une inondation, le fermier pourra deman- « der une indemnité!... Et comme ces articles ajou- « tent qu'il faudra compenser une année par l'autre, « le juge, en attendant, pourra, par une faveur spé- « ciale, accorder au propriétaire quelques parties de « son revenu!

« 1° Si une pareille loi pouvait être admise, il se- « rait au pouvoir du juge de faire manquer des cho- « ses de première nécessité le propriétaire et sa fa- « mille, de les tenir dans l'indigence...

« 2° Au fond, dans un pays, superbe et fertile sans « doute, mais ombragé dans la plus grande partie de « son étendue par de hautes montagnes, coupé de « ruisseaux, où les bois sont presque partout mêlés « avec la culture, *la grêle, la gelée, la couture, l'inon-* « *dation qui se répètent presque toutes les années, ne* « *peuvent être regardées comme des cas fortuits* (15). « Comment le propriétaire, qui, malgré les accidents, « est tenu de payer l'impôt, peut-il être privé du « payement de sa ferme?

« 3° Comment, d'ailleurs, la loi peut-elle établir « une pareille inégalité dans un contrat synallagma- « tique?

« Tout contrat doit être réciproque. Ainsi, si la loi « admettait cette diminution dans les mauvaises an- « nées au profit du fermier, il faudrait donc, par une « réciprocité nécessaire, admettre, en faveur du pro- « priétaire, l'augmentation du prix dans les bon- « nes (16)!

« Il est aisé de voir que quand on passe un bail, le « propriétaire et le fermier s'opposent réciproque- « ment les bonnes et les mauvaises années, qu'il en

(1) V. *infrà*, n° 717.

(2) Ad Pand. *Loc. cond.*, n° 25, et il cite Wesel et d'autres auteurs.

(3) N° 156.

(4) L. 25, § 6, D. *Loc. cond.*; l. 8, Code *De loc.* (Alex.). *Decret. Gregor.*, lib. 3, t. 18, c. 3.

(5) Observat. de la cour d'appel de Toulouse (Fenet, t. 5, p. 620).

(6) Lapeyrière, v° *Fermier*.

(7) Brillon, v° *Bail*, n° 31.

(8) C'était la jurisprudence la plus ordinaire. Bouvot, v° *Fermier*.

(9) Arrêt du parlement de Paris, du 5 mai 1564. Charondas, liv. 4, ch. 101.

(10) Favre, *Code*, lib. 4, t. 41, déf. 3. Voët, *Ad Pand.* tit. *Loc. cond.*, n° 25.

(11) V. *infr.*, n° 717, et Instit., 725 et suiv., les nombreuses questions auxquelles ces liquidations donnent lieu.

(12) Fenet, t. 5, p. 620.

(13) Id., t. 3, p. 24.

(14) Id., t. 4, p. 206.

(15) V. la réponse *supr.*, n°s 206, 207. Ces événements ne sont élevés à la hauteur de la force majeure, qu'autant qu'ils sont assez graves pour détruire au moins la moitié de la récolte.

(16) Erreur! Voyez *supr.*, n° 240.

« résulte qu'on prend pour base une année moyenne; « qu'ainsi, tout ce qu'on nomme cas fortuit est prévu « et calculé dans le prix du bail (1). »

Ainsi, le législateur se voyait tiraillé en sens contraires, les uns trouvant qu'il ne faisait pas assez pour les fermiers, d'autres l'accusant de faire trop!

705. Les rédacteurs du Code civil ne se sont pas laissé influencer par ces critiques. Aux premiers, ils ont répondu par les sages tempéraments de la loi romaine; ils n'auraient pas voulu que le droit français fût inférieur en équité au droit romain, dût-il rencontrer dans la pratique quelques difficultés de nature à exercer la patience des jurisconsultes! Aux seconds, ils ont opposé l'agriculture (2), et surtout les principes (3) vrais, logiques, du contrat de bail, d'après lesquels la perte partielle occasionnée par force majeure retombe sur le bailleur.

706. Maintenant, il reste à exposer méthodiquement les doctrines dont les art. 1769 et 1770 ne sont que le résumé.

707. Nous avons vu ailleurs quels sont les événements de force majeure qui peuvent affecter les récoltes (4). Tels sont, par exemple, la grêle, le feu du ciel, la gelée ou la coulure, l'inondation, la guerre, etc., etc. (5).

708. Ulpien plaçait au rang des cas fortuits les dommages occasionnés aux récoltes par des troupes d'oiseaux dévastateurs, tels que les étourneaux et les geais (6). Cujas (7) ajoutait : « Et his licet addere « passerum et gruum agmina, et murum similiter « ac locustarum examina. » L. *Excepto*, *C. De loc.*

709. L'on conçoit cependant qu'il faut que le fermier démontre que l'envahissement a été tellement redoutable, qu'il lui a été impossible de préserver les fruits par sa surveillance (8).

710. Suivant Pothier, la grêle, la gelée, la coulure, étant des accidents très-fréquents, ne doivent être pris en considération qu'autant que leur intensité s'est montrée tellement extraordinaire, qu'ils ont causé la perte totale des fruits (9). Mais cette décision ne peut plus être suivie aujourd'hui que le Code civil a donné au juge une règle autre que celle de Pothier. Il suffit que la moitié au moins de la récolte soit emportée par le désastre, pour que le fermier puisse se plaindre. En effet, quelque répétés que soient ces accidents sur le sol coupé et ombragé de la France (10), ils deviennent des fléaux redoutables (11) aux yeux du Code civil, lorsqu'ils détruisent la moitié de ce que le fermier aurait eu année commune.

711. C'est ce que n'aperçurent pas diverses cours d'appel, qui reprochèrent à l'art. 1773 de mettre la coulure au rang des cas fortuits (12). « La coulure, disaient-elles, n'est pas un cas fortuit; c'est un accident si fréquent, que le fermier a dû s'y attendre. » Entendons-nous! la coulure annuelle qui peut affecter la vigne dans certaines localités n'est pas celle que le Code prend en considération; car c'est là un fait habituel. La récolte de tous les ans lui paye son tribut; c'est la condition *ordinaire* des récoltes *ordinaires*. Mais si, dans une année plus désastreuse que les autres, la coulure rend les vignes tellement malades que la totalité ou la moitié des fruits se trouve perdue, il y a là un désastre fortuit et sortant de l'habitude ordinaire. Le fermier est privé d'une partie de la chose qu'il devait s'attendre à avoir, en prenant pour terme de comparaison l'état ordinaire de la vigne et sa production annuelle (13).

712. Nous dirons la même chose de la rouille et des autres fléaux qui menacent les productions de la terre.

713. Mais il ne faudrait pas mettre au nombre des cas fortuits le vice que la chose contracte par sa propre nature : *Si qua vitia ex ipsâ re oriantur*, disait Ulpien (14). Par exemple, le trop grand âge de la vigne et des arbres n'est pas un fait de force majeure. Il en est de même si la nature de la terre est telle qu'elle ne produise que du grain de mauvaise qualité (15). C'est pourquoi Bartole disait : « Nota quod licet re« missio fiat propter sterilitatem, non fit *propter vi« tiositatem* fructuum (16). »

714. Le sinistre étant constaté et le droit à un dédommagement étant ouvert, le Code fait une distinction, afin de mieux préciser la marche à suivre pour régler l'indemnité. Ou le bail ne comprend qu'une seule année, ou il en comprend plusieurs. Le premier cas est réglé par l'art. 1770, le second par l'article 1769.

715. Si le bail est d'une seule année, l'art. 1770 décharge le fermier d'une partie proportionnelle du prix, pourvu que la perte soit au moins de la moitié des fruits.

716. Notez bien que quand la loi parle de la moitié des fruits, elle n'entend parler que de la moitié des fruits que l'immeuble produit année commune (17). Ce point est très-important à retenir pour la bonne intelligence des art. 1769 et 1770. Il est enseigné comme constant par tous les anciens jurisconsultes, civilistes ou canonistes (18). Il est vrai que le texte de ces articles ne contient aucune expression qui rappelle cette doctrine. Mais la raison veut nécessairement qu'elle conserve sous le Code civil tout son empire, et l'on doit dire que c'est la moitié d'une récolte ordinaire, et non pas la moitié de la récolte présente, que l'art. 1770 a en vue (19).

Supposons, en effet, que le pré Sempronien situé dans le voisinage de la rivière, éprouve presque tous les ans une perte de la moitié des récoltes qu'il donnerait s'il était situé ailleurs. Il est clair que cette perte annuelle a été calculée lors de la fixation du prix, et que le canon n'a été réglé que par rapport à l'autre moitié du pré que sa situation met à l'abri du fléau. Si donc vous prenez à bail, pour 1840, le pré

(1) V. la réponse au n° 697. Les années où les fléaux emportent *toute la récolte*, ou AU MOINS *la moitié de la récolte* (*évaluée année commune*), sont plus que des années mauvaises.

(2) M. Jaubert, orateur du tribunat (Fenet, t. 14, p. 354). Locré, t. 7, p. 213, n° 10.

(3) M. Jaubert allait trop loin sur ce point (*Supr.*, n° 203).

(4) Nos 203 et suiv.

(5) Art. 1773.

(6) L. 15, § 2, D. *Loc. cond.*

(7) Observat., lib. 15, c. 28.

(8) M. Duranton, *Louage*, n° 195. M. Duvergier, t. 2, n° 183.

(9) N° 163.

(10) *Supr.*, n° 704.

(11) V. *supr.*, nos 207, 711 et 716.

(12) Agen (Fenet, t. 3, p. 24, 25). Paris (Fenet, t. 5, p. 277). Nanci (Fenet, t. 4, p. 616).

(13) *Infr.*, n° 716.

(14) La loi 15, § 2, D. *Loc. cond.*

(15) Bartole, sur la loi *Si merces*, § *Vis major*.

(16) Sur la loi 15, § 2, D. *Loc. cond.*

(17) *Supr.*, nos 710, 711.

(18) Brunemann, sur la loi 15, § 2, D. *Loc. cond.*, n° 15, d'après Claperiis, etc.

(19) *Junge* M. Duvergier, t. 2, n° 154, d'après M. Duranton, *Louage*, n° 192. M. Zachariæ, t. 3, p. 30 et 31.

dont il s'agit, moyennant le prix de 2.000 francs, et que, vous fondant sur l'inondation, vous demandiez un dégrèvement de moitié, il arriverait, par une criante injustice, que le propriétaire, qui ne vous a imposé qu'un canon de 2,000 francs (au lieu d'un canon de 4,000 francs que vous auriez dû lui payer sans la submersion annuelle), verra sa redevance réduite à 1.000 fr. seulement. Ainsi, vous seriez deux fois déchargé, tandis que le propriétaire éprouverait une double perte! Mais ce n'est pas là ce que la loi a voulu; elle exige que la perte se calcule sur le rendement ordinaire. Or, le rendement ordinaire n'est qu'une moitié de récolte de la totalité du pré. Donc, pour que vous soyez admis à vous plaindre, il faudra que dans l'année 1840, l'inondation, franchissant ses limites habituelles, vous ait ravi au moins la moitié de cette moitié.

717. Mais reste une question plus difficile et qui de tout temps a partagé les esprits : le déficit doit-il être considéré eu égard à la quantité seulement, ou bien faut-il avoir égard à la valeur vénale qui, par l'élévation du prix, peut compenser la perte matérielle?

J'ai rappelé ci-dessus (1) l'opinion de Claperiis et de Brunemann, qui décident qu'il n'y a perte réelle qu'autant que le prix des denrées restantes ne compense pas le déficit supporté par la quantité. Mais les auteurs qui ont écrit sous le Code civil ont blâmé ce système. Ils le repoussent comme contraire aux textes et à l'équité (2).

Aux textes! car, disent-ils, les art. 1769, 1770 et 1771, par ces expressions : *récoltes enlevées, perte des fruits*, font entendre suffisamment que c'est le déficit sur la *quantité* qui donne ouverture au droit du fermier, et que l'intention des rédacteurs du Code a été de ne tenir aucun compte des prix.

A l'équité! car Brunemann convient que lorsque les prix sont tellement vils que le fermier se trouve privé de plus de la moitié de son bénéfice ordinaire, il n'a pas droit à être indemnisé, pourvu que plus de la moitié au moins des quantités soit resté à l'abri des désastres de la nature; donc, par réciprocité, il faut qu'il profite du bénéfice de la cherté des prix; autrement, il y aurait deux poids et deux mesures. S'il a supporté la mauvaise chance de la vileté du prix, il faut qu'il profite de la bonne.

Pour moi, je ne suis pas frappé de ces raisons, et puisqu'on parle d'équité, j'avouerai que le système de Claperiis et de Brunemann me paraît tellement équitable, qu'il faut lui donner la préférence (3).

Le texte des art. 1769, 1770 et 1771, ne contient rien qui le repousse, et ces mots *fruits, récoltes, récoltes enlevées, perte des fruits*, sont loin d'avoir l'énergie qu'on leur attribue. En effet, l'*enlèvement des fruits* et la *perte des récoltes* forment bien un des éléments qui servent à calculer le dommage. A ce titre, les art. 1769 et suiv. devaient, de toute nécessité, en faire mention. Mais cet élément n'est pas le seul. Le fait de stérilité étant établi par la preuve de la perte des fruits, il faut de plus que le fermier prouve qu'il est lésé par cette perte. Voilà pourquoi les articles 1769 et suivants parlent plus loin d'*indemnité!* Or, je le demande, comment apprécier la lésion, si l'on met à l'écart le prix (peut-être très-élevé) que les fruits restants ont mis dans sa main? Puisque l'art. 1769 donne une *indemnité*, comment voulez-vous raisonnablement et équitablement qu'il y ait lieu à indemnité si le haut prix des récoltes existantes rendait le fermier indemne? Pourrait-il demander à être *déchargé* (comme dit l'art. 1770), si la perte des fruits, loin de le *charger*, était compensée par de larges bénéfices? Aussi François de Claperiis faisait-il cette observation si juste, et qui explique si bien le sens des art. 1769, 1770, 1771 : « Utrumque debet concur« rere, ut fiat remissio, 1° *sterilitas fructuum;* « 2° *damnum intolerabile.*

« Sterilitas communiter per doctores refertur *ad* « *fructus.* » La stérilité se juge par la perte matérielle des fruits. « *At* DAMNUM INTOLERABILE *dicitur* « *quando colonus* LÆDITUR ULTRA DIMIDIUM PENSIO« NIS (4). » Mais le dommage (comme nous l'avons dit) s'estime par la valeur des fruits.

Eh quoi! la loi voudrait que le fermier obtînt une *diminution proportionnelle sur son prix*, lorsque, par les gains qu'il a faits, il n'a éprouvé aucune lésion dans ce même prix! Au surplus, il est à remarquer que nos contradicteurs, qui se montrent si fervents sur la lettre de la loi dans le cas qui nous occupe, ont été les premiers à en faire bon marché dans le cas du n° 716!

Quant à l'équité, je ne croyais pas qu'on pût reprocher à la thèse que j'embrasse de méconnaître son autorité, et je m'étonne surtout que ce reproche vienne de nos adversaires.

Ils objectent que, dans le cas où plus de la moitié de la récolte reste debout, nous ne voulons pas tenir compte de la vileté du prix pour voir si le fermier a perdu; tandis que, dans le cas où plus de la moitié a été frappée, nous voulons qu'on fasse acception de son élévation pour voir s'il a gagné; et partant de là, ils nous jettent à la tête cet adage si souvent fautif : *Eadem debet esse ratio damni et lucri.*

Ceci n'a rien qui ébranle mon jugement. De toutes les matières, celle qui donne le plus d'échecs au brocard en question, c'est assurément celle du *louage*. Nous en avons vu la preuve dans ce principe élémentaire qui veut que le fermier soit indemnisé des pertes occasionnées par force majeure, tandis que le propriétaire ne peut augmenter son fermage pour raison des bénéfices inespérés qui peuvent survenir pendant le cours du bail (5).

Et puis, comment ne voit-on pas la grande différence qui sépare les deux hypothèses qu'on prétend assimiler pour argumenter de l'une à l'autre?

Dans l'une, il n'y a pas stérilité. Ce n'est pas du défaut des récoltes que se plaint le fermier, mais d'un événement extrinsèque au bail. Mais est-ce que le propriétaire doit garantir le fermier de ces chances étrangères à la chose louée?

Dans l'autre, au contraire, le fermier articule un fait de stérilité dont il veut que le propriétaire soit responsable; il se porte demandeur en indemnité. D'accord, s'il y a dommage! Mais s'il n'y en a pas, si l'on prouve que le fermier gagne au lieu de perdre, que deviendra le principe de la demande? Et pour que nous sachions s'il a perdu ou gagné, vous ne voulez pas que nous interrogions le régulateur souverain de toute perte et de tout gain, c'est-à-dire le prix que le fermier peut retirer des denrées récoltées!

Au surplus, la jurisprudence des anciens parlements s'était prononcée en ce sens. Brillon rapporte que cette question fut portée devant la plupart des

(1) N° 700.
(2) M. Duranton, *Louage*, n° 192. M. Duvergier, t. 2, n° 155. Zachariæ, t. 3, p. 32.
(3) *Infr.*, n° 725.
(4) *Loc. cit*, n° 16.
(5) *Supr.*, n° 240. V. autre exemple, *infr.*, n° 727.

tribunaux de France, après la gelée de 1709, et personne ne put comprendre que des fermiers à qui le haut prix des blés assurait des gains considérables, spéculassent sur les bailleurs pour obtenir des rabais et faire un double gain (1). Je doute qu'il se trouvât aujourd'hui des tribunaux pour juger autrement.

718. Une ferme peut être composée d'héritages de natures diverses, comme des prés, des bois, des vignes, des terres labourables; ou bien les terres labourables peuvent être divisées en plusieurs sortes de culture, comme blé, colzas, chanvres, etc., etc. Or, lorsque le bail a été fait en bloc, pour un prix unique, et que l'accident n'arrive que sur une partie de la ferme, sur les colzas, par exemple, plante d'une extrême susceptibilité; ou bien sur les prés dont toute l'herbe a péri par la sécheresse; le fermier n'aura droit à être indemnisé qu'autant que les colzas ou les foins entreraient dans les produits de la ferme pour une fraction assez grande pour emporter à eux seuls la moitié de la récolte (2). « *Confundi enim debent,* « dit le président Favre, *fructus omnes, et messis* « *et vindemiæ...; cum enim unicus contractus sit,* « *sufficit ut conductor aliquâ ratione indemnis ser-* « *vari possit* (3). » Balde exprimait la même idée avec plus de précision encore : « *Quia totius anni fructus,* « *unus est* (4). »

719. Il en serait autrement si le bail avait été fait à tant la pièce de pré, de bois, de vigne, de terres arables. Il y aurait alors autant de baux divers que de pièces d'héritages, et le dommage devrait être apprécié eu égard à chaque héritage, et non pas sur l'ensemble des produits de toutes les terres réunies (5).

720. C'est pourquoi, si le preneur de la totalité de la ferme avait sous-loué les colzas ou les prés isolément, la perte totale de la récolte l'obligerait à indemniser son sous-preneur, quoique lui, fermier principal, n'eût aucun recours à exercer contre le bailleur originaire (6). Ici les conditions sont différentes, et la différence vient des rapports particuliers auxquels donnent lieu la division des terres et les clauses spéciales de leur occupation.

721. Quand la perte est constatée majeure, c'est-à-dire quand elle emporte la moitié au moins, le fermier obtient une réduction proportionnelle sur le prix du bail; c'est le moyen établi par l'art. 1770 pour venir à son secours; il était suivi dans l'ancien droit. Ainsi, soit une ferme louée 4,000 fr.; il est reconnu que la perte est des trois quarts de la récolte; le fermier ne payera au propriétaire que 1,000 fr. de canon, c'est-à-dire les trois quarts du prix, pour cette année désastreuse.

On pourrait cependant faire l'objection que voici : Il est certain, et tout le monde admet, que la perte de moins de moitié, est de celles que le fermier doit supporter *æquo animo,* comme disait Caïus. Supposez donc que tel champ rende annuellement au fermier 200 gerbes de blé. En 1838, il n'en a produit que 101; c'est une gerbe de plus que la moitié du rendement habituel. Le fermier ne pourra élever la voix; il restera avec sa perte! Mais admettons qu'au lieu de 101 gerbes, il n'en ait eu que 99! Et voilà que, d'après votre calcul, il aura droit à un rabais de moitié, et une chétive différence de 2 gerbes suffira pour qu'il passe de rien du tout à une indemnité de la totalité de la perte! Est-ce là ce que la loi a voulu? Ne faut-il pas dire plutôt que toutes les gerbes de moins que la moitié doivent rester sans dédommagement; et que l'indemnité ne doit porter que sur les gerbes dont le déficit viendra accroître cette perte; qu'ainsi, dans l'espèce, le fermier ne pourrait prétendre à un rabais proportionnel que pour deux gerbes seulement?

Ce raisonnement peut être spécieux. Mais je ne le crois pas fondé. Le législateur ne procède pas, en effet, avec la rigueur de calcul de l'algébriste. La force des choses, plus puissante que les mathématiques, lui fait souvent une loi d'adopter certaines solutions que la stricte logique semble repousser.

Ainsi, par exemple, tel individu qui ne paye que 199 fr. 99 cent. n'est pas électeur; et son voisin qui paye 200 fr. est inscrit sur la liste électorale. Un centime de différence va, à lui seul, mettre celui-ci en dehors des censitaires électeurs, et investir celui-là du plus précieux des droits politiques.

A 29 ans 364 jours, vous n'êtes pas éligible. Un jour de plus vous aurait placé peut-être au rang des représentants de votre pays.

Mais un exemple va nous rapprocher davantage de la difficulté qui nous occupe, et nous donner une analogie décisive.

Un vendeur qui a été lésé de moitié doit supporter en silence le dommage qu'il éprouve. Mais que la perte s'élève d'une légère fraction au-dessus de la moitié, qu'elle arrive à sept douzièmes, et le vendeur obtiendra la rescision du contrat pour le tout, on fera compléter le prix pour la totalité de ce dont il a été frustré. Il sera pleinement indemnisé dans ce dernier cas, et ne le sera pas du tout dans le premier!

Eh bien! cette espèce n'est-elle pas la nôtre? Le fermier qui éprouve une perte de moitié n'est-il pas comparé au vendeur lésé des sept douzièmes (7)? Dès lors ne faut-il pas le traiter avec les mêmes règles de supputation que ce dernier?

Nous disons donc que, si la perte est des trois quarts, le prix sera réduit de trois quarts.

Mais, cela fait, le fermier ne pourra pas demander de dommages et intérêts. Telle est la règle écrite tout au long dans l'art. 1722 du Code civil, qui est le principe des art. 1769 et 1770 (8). Au surplus, Ulpien le décidait ainsi dans le cas spécial de ces articles; sinon, on grèverait outre mesure le propriétaire, qui n'a aucune faute à se reprocher (9).

Le fermier ne sera pas reçu non plus à demander la résolution du bail; le contrat continuera à tenir avec les stipulations originaires. Car un accident momentané ne doit pas être une cause de rupture du bail.

722. Ceci sert à décider la question de savoir si le fermier pourra répéter contre le propriétaire les semences dont il a fait la dépense. Ulpien lui refuse ce droit (10), et telle est la conséquence de l'art. 1722; le rabais qu'il a obtenu lui suffit; s'il eût cultivé ses propres terres, la semence n'aurait-elle pas péri pour son compte?

723. Il y a plus : c'est que, si le propriétaire a fait au fermier l'avance des semences, et que, d'après

(1) Vo *Bail,* no 54. *Junge* Pothier, no 160, et les auteurs cités ci-dessus, no 700.

(2) Voët, *Ad Pand., de Loc. cond.,* no 25. Brunemann, sur la loi 15, § 2, D. *Loc. cond.* Pothier, *Louage,* no 157.

(3) Cod., lib. 4, t. 42, def. 47.

(4) Sur la loi *Licet,* C. *De loc. cond.,* neuvième question.

(5) Pothier, no 157. Le président Favre, cité par M. Duvergier, ne traite pas ce point.

(6) Pothier, no 157, même remarque.

(7) *Supr.,* no 700, d'après les canonistes.

(8) *Supr.,* no 203.

(9) L. 15, § 7, D. *Loc. cond.,* et Favre (*Ration.* sur cette loi).

(10) L. 15, §§ 2 et 7, D. *Loc. cond.* Brunemann, sur cette loi, nos 14, 23 et 24.

le bail, il conserve le droit de se les faire restituer comme accessoire de la chose (1), le désastre partiel ou total ne déliera pas le fermier de cette obligation. « Ex hoc § 2 et 7 (dit Brunemann), colligunt etiam doc- « tores, *semen regulariter a conductore præstandum,* « *quod etiam in colono partiario statuit Lauter-* « *bach* (2). » Car le bail conserve sa force entière dans toutes ses parties. Il n'y a que par rapport au prix qu'il subit une modification (3).

Quant à l'objection de M. Duranton (4), que, la semence étant un accessoire de l'immeuble, sa perte doit être assimilée à celle d'une partie même de cet immeuble et retomber sur le propriétaire, elle ne me semble pas fort concluante. Une fois que les semences sont livrées à la terre, elles subissent une transformation qui les fait changer de nature. Ce n'est plus comme semences qu'elles périssent, c'est comme fruits (5), et en tant que fruits, le propriétaire en supporte la perte, par la perte du canon. Il ne faut donc pas qu'elles lui soient encore ravies comme semences!

On ne pourrait dire que les semences ont péri pour le bailleur, qu'autant qu'elles auraient péri avant l'ensemencement!!

724. Après avoir parlé du cas où le bail est d'une seule année, arrivons au cas plus complexe où il comprend plusieurs années. Comme je l'ai dit en commençant, l'art. 1769 adopte la règle de compensation établie par le droit romain et par le droit canonique (6); il ne divise pas le bail en autant de contrats partiels qu'il y a d'annuités; il le considère comme un tout qu'il faut prendre dans son ensemble, et qu'on ne saurait scinder sans le dénaturer.

Le fermier sera donc non recevable à se plaindre s'il est indemnisé par les récoltes précédentes de la perte de l'année présente. Voilà le principe; mais il demande des explications.

725. Et d'abord, pour trouver l'état des pertes, on aura soin de ne pas s'en tenir aux quantités manquantes; ici, comme dans le cas examiné au n° 717, on tiendra note de la valeur des quantités récoltées. C'est une première règle qu'il ne faut jamais perdre de vue (7).

726. Une seconde règle, c'est que la perte doit être concentrée dans une seule année (8). Si, par exemple, le bail était de 9 ans, et que le fermier eût perdu un quart de récolte par chacune des trois dernières années, il ne lui serait pas permis d'additionner ces trois pertes, pour en faire un total de trois quarts, et dire : J'ai perdu la valeur des trois quarts d'une récolte. Je le répète : il faut que le déficit tombe sur une seule année.

727. Au contraire, l'état des gains que le fermier a pu faire pour compenser la perte doit comprendre le cumul de ses bénéfices partiels pendant chacune des années qui ont précédé. Supposons qu'il n'ait gagné qu'un huitième dans la première année, autant dans la seconde, et un quart dans la troisième; on additionne ces trois fractions, et l'on oppose leur total au chiffre des pertes donné par une seule année (9).

Ainsi, il y a deux règles de calculs fort différentes pour la perte et pour le gain (10).

728. Mais ces notions ne suffisent pas; la rédaction peu précise de notre article laisse subsister des controverses qui auraient dû être tranchées; il faut recourir aux anciens auteurs pour prendre parti sur les débats qui partagent les nouveaux interprètes, et parmi les anciens jurisconsultes il faut choisir avec sagesse ceux qui ont discerné les vrais principes au milieu des écarts dans lesquels tant d'autres s'étaient égarés (11)!!

729. La première question qui se présente quand on les étudie, est celle de savoir à quels signes on doit reconnaître cette abondance des récoltes précédentes, qui doit indemniser le fermier de la stérilité de la récolte actuelle.

Les auteurs anciens avaient sur cette question neuf opinions diverses. Mais Claperiis leur reprochait d'avoir entortillé le nœud gordien, et d'avoir oublié les vrais principes de l'équité. Voici le résumé de sa dissertation (12).

Supposons que j'aie loué à Titius le fonds Sempronien pour trois ans, et pour le prix de 100 florins par an. Ce fonds, déduction faite des semences et frais de culture, produit, année commune, 15 sacs valant ordinairement 10 florins. Ainsi le preneur a pour perspective de faire annuellement un bénéfice de 50 florins.

Mais la première année a été stérile, Titius n'a retiré que 5 sacs de froment qu'il a vendus 50 florins. Ainsi il reste de 70 florins au-dessous de son prix; dans les années suivantes, le colon perçoit chaque année ses 15 sacs, et il les vend au prix accoutumé de 10 florins.

Suivant Imola et les canonistes, on ne pourra pas dire qu'il y ait eu abondance dans les deux dernières années, puisque ce ne sont que des années moyennes. D'après eux, la demande en réduction pour la stérilité de la première année, n'éprouvera aucune difficulté.

Mais quoi de plus contraire à la justice et à l'équité (*iniquum et injustum*) (13)? En effet, le fermier n'a-t-il pas, dans la deuxième année, fait un gain de 50 florins nets; n'a-t-il pas fait le même bénéfice dans la troisième? Or, ces profits, ne doit-il pas les compenser avec les pertes de la première année? Ne faut-il pas venir au secours du propriétaire, *qui certat de damno retinendæ pensionis vitando?* Qu'on ne l'oublie pas; le dégrèvement n'est jamais accordé pour le *lucrum cessans,* mais seulement pour le *damnum emergens, magnum et intolerabile.*

Or, le fermier ne devra être écouté qu'autant qu'il prouvera un dommage, et il sera non recevable lorsqu'il ne prouvera qu'une absence de gain.

Ainsi, continue Claperiis, tenons pour rationnelle et juridique l'opinion de Balde (14), qui veut que l'on fasse une addition du revenu de toutes les années, et que si par suite de cette addition il appert que le fermier n'a pas été lésé de plus de moitié du canon d'une année, il n'a rien à réclamer.

(1) Art. 524, C. C.
(2) *Loc. cit.*
(3) M. Duvergier, t. 2, n° 162.
(4) *Louage*, n° 199.
(5) M. Duvergier, *loc. cit.*
(6) *Supr.*, n° 703.
(7) Clapiers, *Causa* 46. Brunemann sur la loi 15, D. *Loc. cond.* Pothier, n° 160; Voët, etc. *Contrà*, M. Duranton, *Louage*, n° 202. M. Duvergier, t. 2, n° 170.
(8) M. Duranton, *Louage*, n° 201.
(9) Brunemann, sur la loi 8, c. *Loc. cond.*, n° 4. M. Duranton, *Louage*, n° 201.
(10) *Supr.*, nos 240 et 717.
(11) V. au numéro suivant ce que dit *Claperiis* de ces conflits sans nombre!
(12) *Loc. cit.*, Causa 46.
(13) N° 3.
(14) Sur la loi *Licet*, C. *Loc.*, quæst. 9.

Par là disparaîtront les absurdités et les iniquités des opinions contraires.

Par ex., en revenant au thème posé en commençant, on ajoutera les revenus de trois ans, et on aura 33 sacs, c'est-à-dire 3 sacs dans la première année, et 30 dans les deux dernières. Les 33 sacs vendus à 10 florins chacun donnent un total de 330 florins; d'où il suit que le fermier, loin de perdre, a fait un gain, puisqu'il n'a dû payer au propriétaire que 300 florins en trois ans, tandis qu'ici les récoltes lui en ont procuré 330.

Claperiis ajoute que cette opinion de Balde fut sanctionnée par un arrêt de la cour des aides de Provence du 3 juin 1368, et que par la suite cela passa en jurisprudence.

730. La conclusion de cette lumineuse dissertation ne saurait être contestée. Elle se résume dans ces deux idées : 1° le fermier doit prouver un dommage, et ce n'est pas pour une simple absence de gain que la loi est venue à son secours.

2° Il ne lui suffit pas de dire : « Les années que vous « m'opposez n'ont pas eu ce degré d'abondance qui les fait sortir de la classe des années communes. » Non! abondantes ou médiocres, il n'importe! il faut voir si elles ont été pour le fermier l'occasion de gains réels; et s'il a fait des bénéfices, il doit les rapporter.

731. Maintenant une autre difficulté se présente. L'action du fermier sera-t-elle paralysée, lorsque le cumul de tous les bénéfices, quoique ne couvrant pas la perte entière qu'il a subie dans la dernière année, empêche cependant que cette perte ne soit de la moitié d'une récolte ordinaire.

Par exemple : Pierre a perdu en 1840 les trois quarts de sa récolte; mais en 1838, il avait fait un bénéfice d'un quart; en 1835, un pareil bénéfice était venu lui profiter. Il suit de là qu'en reportant sur l'année 1840 le total de ces gains, la perte de trois quarts se trouve réduite à un quart. Dès lors peut-on dire que, comme il n'a droit au rabais qu'en cas de perte de moitié au moins, sa demande pèche par sa base?

M. Duranton (1) enseigne la négative. Il veut que le fermier soit indemnisé en totalité. Quelle condition, dit-il, exige l'article 1769? Que la moitié au moins de la recette ait été enlevée! Or, elle l'a été en fait. Seulement, il faut savoir si, par le rapprochement des années précédentes, le fermier *a été indemnisé;* c'est l'art. 1769 qui se sert de ces mots. Or, le fermier n'est pas indemnisé, puisqu'il y a une partie de la perte dont il n'est pas couvert.

Je n'adopte pas cette opinion. D'abord, je la vois condamnée par l'ancienne jurisprudence dont l'art. 1769 n'a pas voulu s'écarter. Balde (et l'on sait que son sentiment avait fini par devenir dominant)(2) s'exprimait en effet en ces termes (3) : « Nonò, quæro quandò « dicetur ubertas suppletiva damni propter sterilita- « tem... *Tu dic, quandò, confusis annorum reddi- « tibus*, NON REMANET DECEPTUS ULTRA DIMIDIUM JUSTI « PRETII. *Si ergo, universâ locatione inspectâ*, EMERGET « TOLERABILE DAMNUM, *non fit remissio; secùs, si sit « intolerabile, id est ultra dimidium justæ mer- « cedis*.(4). » Vous l'entendez. Si la réunion de toutes les années ne donne pas une perte de plus de moitié, le fermier n'a pas droit à être indemnisé; car sa perte est tolérable aux yeux de la loi. Ainsi, dans l'exemple proposé, son déficit n'étant que d'un quart, il n'y a pas lieu de sa part à réclamation.

Cette solution me paraît en harmonie parfaite avec l'esprit de l'art. 1769, sans que le texte soit le moins du monde contrarié. En effet, cet article a repoussé le système de division du bail en autant de contrats partiels qu'il y a d'annuités (5); il a voulu, contre les observations des cours de Toulouse et d'Agen (6), que toutes les années d'un même bail soient solidaires les unes des autres. Or, l'effet nécessaire de cette solidarité, c'est de reporter sur l'année de perte les portions de gain faites dans les années antérieures; c'est d'empêcher que le déficit ne soit calculé seul et abstraction faite des profits perçus auparavant. Eh bien! tout étant rapporté et compensé, la perte de 1840 n'est pas des trois quarts, comme le fermier le soutient à tort; elle ne serait des trois quarts qu'autant que l'année 1840 resterait isolée. Mais sa liaison aux années 1835 et 1838, avec lesquelles elle s'identifie (CONFUSIS *annorum redditibus*), réduit la perte à un quart. Et dès lors s'évanouit le fondement de l'action en rabais.

L'erreur de M. Duranton vient, à mon sens, de ce qu'il confond la compensation des années bonnes et mauvaises avec l'indemnité à laquelle le fermier a droit quand la compensation le laisse à découvert de moitié d'une récolte ordinaire. Mais ce sont deux choses différentes. La compensation est le moyen d'établir l'effectif réel de la perte; l'indemnité n'est que le moyen de le réparer alors que l'opération de la compensation en a manifesté l'existence.

Pour mieux faire comprendre ceci, précisons l'objection. On peut dire : Les bonnes années n'étant prises en considération qu'en raison de l'indemnité que le fermier en retire, ne semble-t-il pas dès lors qu'elles font l'office de l'indemnité pécuniaire que l'article 1770 attribue au fermier en l'autorisant à moins payer? Or, si le fermier était dans le cas de l'indemnité pécuniaire, il retiendrait par devers lui les trois quarts du canon. Par quelle inconséquence voulez-vous donc que l'indemnité donnée par les bonnes années ne soit que des deux quarts récoltés en sus en 1835 et 1838, et que le troisième quart reste en perte?

Je réponds qu'il n'y a à cela aucune inconséquence. Si le fermier n'eût eu un bail que pour 1840, et qu'il eût perdu le quart de sa récolte, trouveriez-vous légal qu'il fût indemnisé de ce déficit? Non, sans doute! l'art. 1770 vous fermerait la bouche. Eh bien! quand le bail est de plusieurs années, il faut calculer sur l'ensemble des années écoulées; et si, par suite de ce calcul, la perte se trouve réduite à un quart, qu'y a-t-il d'extraordinaire à ce que le fermier soit traité comme dans le cas de l'art. 1770? Les deux situations ne sont-elles pas identiques?

On le voit donc, la compensation a pour effet d'opérer une confusion de toutes les années, d'en faire un bloc dans lequel chacune vient balancer sa perte et son gain; et c'est le résultat de cette balance qui décide s'il y a, oui ou non, perte de la récolte d'une année.

Ceci posé, on cessera d'attacher au mot *indemnisé*, de l'art. 1769, toutes les conséquences que l'on y trouve dans le système de M. Duranton. Il suffira de rapprocher tout de suite le premier § du second, et voici ce qui arrivera :

(1) *Louage*, n° 201.
(2) *Supr.*, n° 729.
(3) Sur la loi 8 *Licet*, C. *De loc. cond.*, n° 15.
(4) Ce passage est plus concluant et plus précis que celui de Brunemann, cité par M. Duvergier (t. 1, p. 174). D'ailleurs Brunemann ne parlait que d'après Claperiis, et celui-ci d'après Balde.
(5) *Supr.*, n° 724.
(6) *Supr.*, n° 704.

Vous dites (en vous attachant à la lettre du premier §) que le fermier n'est pas indemnisé par les années précédentes, puisqu'il reste en perte d'un quart. Mais alors concédez-nous que, pour statuer sur l'indemnité, il faudra attendre jusqu'à la fin du bail, ainsi que l'exige le § second.

Or, il doit se faire alors une compensation de toutes les années. Le § second le décide *in terminis*. Eh bien! que gagnerez-vous à ce retard? Rien absolument. En effet, trois hypothèses peuvent se présenter:

Ou les années subséquentes se comporteront suivant l'état habituel,

Ou elles donneront de meilleurs résultats,

Ou elles en donneront de plus mauvais.

Dans le premier cas, c'est-à-dire si les années subséquentes se conduisent suivant l'état normal, nous rencontrerons en fin de compte ce calcul auquel vous prétendez échapper, c'est-à-dire cette perte d'un quart, insuffisante pour légitimer un rabais; seulement, vous ne trouverez plus le mot *indemnisé* dans lequel vous placez votre force; vous serez en face du mot *compensation*, qui vous condamne. Ainsi, nous n'aurons rien perdu pour attendre; le résultat sera positivement le même.

Dans le second cas, le fermier sera encore moins fondé à réclamer.

Dans le troisième, il est possible que de nouvelles pertes accumulées rendent son action recevable et fondée. Mais nous n'avons jamais entendu enchaîner son avenir et lui interdire un apurement définitif à l'expiration du bail.

732. Il y a une autre question qui partage les auteurs.

Si les années d'abondance ont été entremêlées d'années qui ont présenté quelques pertes, pourrat-on opposer au fermier les excédants réunis, sans faire déduction des déficit? ou bien faudra-t-il cumuler et balancer tous les excédants et tous les déficits, de telle sorte que le fermier puisse faire valoir contre le propriétaire les années médiocres, de même que le propriétaire fait valoir contre le fermier les bonnes années?

La première opinion a été soutenue par M. Duvergier (1); elle me paraît inadmissible. La seconde, enseignée par M. Duranton (2), doit l'emporter évidemment. En effet, que dit l'art. 1769? Qu'il doit se faire une compensation de *toutes les années de jouissance*, et M. Duvergier ne voudrait faire compensation que des *bonnes années*, abstraction faite des *mauvaises!* L'art. 1767 ajoute que le fermier n'est non recevable qu'autant qu'il est *indemnisé par les récoltes précédentes!* Et M. Duvergier voudrait qu'on ne fît pas acception de toutes les récoltes antérieures; de telle sorte que, par une iniquité flagrante, on ne choisît que celles qu'on peut opposer au fermier, rejetant celles dont il peut tirer avantage!

Posons un exemple.

Pierre, fermier du fonds Sempronien, qui rapporte annuellement 100 sacs de blé, en a recueilli 110 en 1830, 90 seulement en 1831, et 49 en 1832. Il réclame alors, conformément à l'article 1759. Voilà trois récoltes, dit-il; je comptais sur 300 sacs de blé. Dans les deux premières années, j'ai bien eu mon compte, toute compensation faite. Mais, en 1832, j'ai perdu plus de moitié. Laissez-moi donc retenir une portion proportionnelle de mon canon.

Suivant M. Duvergier, il n'y serait pas fondé; car on lui opposerait le gain de 10 sacs fait en 1830, lequel, étant reporté sur 1832, élèverait la récolte à 59 sacs, c'est-à-dire à plus de la moitié d'une récolte ordinaire; tandis qu'il ne pourrait compenser ces 10 sacs excédants de 1830 par la perte de 10 sacs qu'il aurait subie en 1831!

Mais j'avoue que ce système blesse ma raison; c'est une espèce de tour de force pour enlever au fermier que les désastres ont atteint, l'indemnité à laquelle la loi lui donne droit. C'est vouloir, à tout prix et contre toute vraisemblance, qu'un déficit de plus de moitié arrive tout juste au moment où le fermier, n'ayant ni gain ni perte, reste à découvert! Le seul argument un peu apparent que propose M. Duvergier, c'est qu'en tenant compte de la mauvaise année, on accorde implicitement au fermier une indemnité pour la perte de cette année, quoiqu'elle ne s'élève pas à la moitié. Mais c'est là une erreur: on n'alloue pas d'indemnité de ce chef au fermier. On fait seulement entrer en ligne de compte la mauvaise année pour neutraliser la bonne qui lui est opposée. Elle n'arrive là que comme puissance négative, et pour enlever à l'année de fertilité la prépondérance que lui donnerait une mesure inégale.

M. Duvergier tombe ici dans l'erreur que je lui reprochais tout à l'heure (3), et qu'il a reprochée lui-même à M. Duranton, c'est-à-dire qu'il confond l'indemnité avec la compensation. Il aurait dû voir que l'indemnité n'est attribuée qu'à l'année 1832, qui, ne trouvant dans les années précédentes qu'une balance de profits et pertes, n'a rendu, en réalité, au fermier qu'une récolte insuffisante.

733. J'ai dit, à la fin du n° 731, que si le fermier n'est pas indemnisé par les années précédentes, il faut de toute nécessité attendre la fin du bail, auquel temps il se fait une compensation de toutes les années de jouissance.

De là une différence à noter entre les années qui suivent le désastre et celles qui le précèdent.

Lorsque celles-ci couvrent la perte, elles libèrent définitivement le propriétaire; par le supplément qu'elles apportent, elles liquident le compte, et le fermier ne pourra aller chercher dans les années suivantes des prétextes pour revenir sur un règlement final, sur une opération consommée. Voilà pourquoi Balde les appelait supplétives: *Præcedens annus est suppletivus* (4), c'est-à-dire que les récoltes antérieures parfournissent l'année disetteuse de ce qui lui manque, et tout est apuré.

Mais si les années antérieures ne suffisent pas et qu'il faille recourir aux années subséquentes, celles-ci suspendent l'opération; elles forcent à attendre l'événement final dans lequel le propriétaire espère pour suppléer la perte antérieure. « *Sequens annus* (j'emprunte les paroles de Balde) *est suspensivus donec venerit, et tunc, cùm venerit, supplebit.* »

Ce caractère suspensif des années à venir se retrouve dans la disposition de l'art. 1769, qui rejette à la fin du bail le règlement des indemnités.

734. Il suit de là que le fermier doit continuer à payer le fermage, sauf à compter plus tard.

Toutefois, le juge peut provisoirement dispenser le preneur de payer une partie du prix en raison de la perte soufferte. C'est un tempérament apporté par l'art. 1769 au principe que le temps à venir n'a qu'une

(1) T. 1, n° 175.
(2) *Louage*, n° 201. *Junge* les annotateurs de M. Zachariæ, t. 3, p. 31, note 6.
(3) *Supr.*, n° 731.
(4) Sur la loi *Licet*, C. *Loc.*, *cond.*, quæst. 10.

vertu suspensive. L'ancienne jurisprudence avait ouvert cette voie équitable (1).

735. Une autre conséquence qui résulte du caractère suspensif des années ultérieures, c'est que si le propriétaire a fait au fermier une remise sur le prix, et que plus tard, une année d'abondance couvre la perte, le propriétaire sera libre de revenir sur ce qu'il a fait. Il pourrait retirer sa remise; car elle est censée n'avoir été que provisoire, conditionnelle (2); on présume que le bailleur a voulu venir au secours du fermier, mais sans renoncer aux chances de l'avenir (3).

736. Il y a plus : Ulpien pousse si loin les effets provisoires de la remise, qu'il les maintient avec leur cachet de révocabilité, alors même que le bailleur aurait déclaré faire donation au fermier. « *Et si verbo* « DONATIONIS *dominus, ob sterilitatem anni, remiserit,* « *idem erit; quare non sit donatio, sed transactio* (4). » Les circonstances peuvent influer beaucoup sur le jugement à porter en pareil cas (5). Les magistrats ne manqueront pas d'y avoir égard.

737. Il y a, du reste, une observation à présenter sur ce sujet, c'est que la remise faite par le propriétaire n'est conditionnelle qu'autant que le sort de l'indemnité est subordonné aux années ultérieures; mais si les années précédentes avaient été assez abondantes pour rendre le fermier indemne, et que cependant le propriétaire consentît à lui accorder un rabais, alors tout serait changé. Le propriétaire renoncerait à un droit maintenant acquis; il consentirait à mettre à l'écart la libération actuelle, définitive, résultant de la compensation des récoltes antérieures, et il ne pourrait revenir sur cet abandon qu'autant qu'il prouverait qu'il a ignoré l'abondance des années précédentes (6).

738. Revenons au texte de l'art. 1769.

Les années de jouissance dont il veut qu'on fasse compte pour compenser la perte actuelle, ne peuvent être que celles qui sont comprises dans le bail courant. Si elles appartenaient à un second bail, elles ne seraient pas appelées en supplément (7).

Supposez, par exemple, que les parties aient résilié le bail avant le temps; les années qui resteraient à courir n'exerceront aucune influence sur le règlement des indemnités; car le bail a pris fin par une volonté réciproque, et dès lors, les pertes et profits devront se calculer, abstraction faite du temps à venir qui en a été retranché.

739. Il n'en serait pas de même si le bailleur, pour venir au secours de son fermier et faciliter ses convenances personnelles, avait consenti à ce qu'il se fît remplacer par un autre bailliste; ce serait toujours le même bail continué avec un nouveau fermier. La novation, en effet, ne se présume pas, et les circonstances que je viens de rapporter sont loin d'y conduire nécessairement. Je n'y vois qu'une complaisance du propriétaire, qu'il serait injuste de tourner contre lui. Quelle prétention plus choquante que celle du preneur qui viendrait soutenir que par cet acte d'adhésion bénévole le bailleur a renoncé à la compensation des récoltes postérieures, dévolues à son remplaçant (8)!

740. Nous venons de voir 1° quels éléments entrent dans le calcul des pertes et des bénéfices qui les compensent; 2° par quelles règles les tribunaux doivent les combiner; 3° à quelle époque s'opère le règlement de l'indemnité.

Reste à savoir quand et comment le fermier doit constater les événements de force majeure qui ont pesé sur lui. La loi est muette à cet égard. Elle ne présente aucun genre particulier de preuve et ne fixe aucun délai spécial. C'est un de ces cas que Ménochius appellerait cas arbitraires, c'est-à-dire laissés à l'arbitrage du juge. Toutefois, ce pouvoir discrétionnaire a de justes limites, et une sage distinction a été faite dans un arrêt de la cour de cassation du 4 mai 1831, rendu au rapport de mon honorable collègue M. Mestadier.

« Il arrive souvent, dit cet arrêt, que les traces fugitives du dommage ne peuvent être saisies qu'au premier moment et lorsqu'elles sont encore apparentes; dans ce cas, il est du devoir des tribunaux de ne pas admettre comme base d'appréciation le souvenir vague et souvent trompeur de quelques témoins. Il peut arriver aussi que toute une contrée ait été victime d'un désastre dont les souvenirs soient restés profondément gravés dans la mémoire des habitants; et l'art 1769 ne déterminant même aucun mode pour constater la perte résultant des cas fortuits, il est dans le domaine exclusif des cours royales d'apprécier la pertinence des faits dont la preuve est offerte, et d'en ordonner la vérification par titres, par experts ou par témoins. »

Cette distinction revient à celle que faisaient les docteurs entre le dommage local de telle ou telle propriété (*damnum fundi*) et le dommage général infligé à la contrée dans une année calamiteuse (*damnum anni*) (9). Elle est approuvée par la raison et doit être suivie dans la pratique.

741. Passons maintenant aux articles qui suivent. Ils nous montreront dans quels cas le fermier ne peut obtenir de remise. Un mot seulement, avant d'y arriver, sur une question qui servira pour ainsi dire de préface à ce sujet.

Un fermier indemnisé de ses pertes par une compagnie d'assurances conserve-t-il le droit d'exiger du bailleur un rabais sur son prix?

La cour de cassation s'est prononcée pour l'affirmative par arrêt du 4 mai 1831. Elle a pensé que la police d'assurances était pour le bailleur *res inter alios acta*; que, n'en supportant pas les charges, il ne devait pas en recueillir les avantages (10). Voilà pourquoi les compagnies d'assurances, se faisant subroger aux droits du fermier qu'elles ont indemnisé, exercent ses actions contre le propriétaire.

---

(1) Legrand, sur Troyes, art. 202, glose 1, n° 19. Rousseau de Lacombe, v° *Bail*, sect. 8, n° 4.

(2) Ulpien, l. 15, § 4, D. *Loc. cond.*

(3) V. Balde, sur la loi *Licet*, quæst. 10. Brunemann, sur la loi 15, § 4, D. *Loc. cond.*, n°s 25, 26. M. Delvincourt, t. 3, notes, p. 204; in-8°, t. 7, p. 248.

(4) Loi précitée.

(5) Pothier, n° 161. M. Duranton, *Louage*, n° 204. M. Duvergier, t. 2, n°s 168, 169.

(6) Brunemann, *loc. cit.*, n° 28. M. Delvincourt, t. 3, notes, p. 204; in-8°, t. 7, p. 248.

(7) « *Et hæc vera sunt*, dit Balde (sur la loi *Licet*), IN UNA CONDUCTIONE; *sed si novus annus sit in* NOVA CONDUCTIONE *non supplet, quia non est ex eodem contractu;* NISI PER MODUM PROROGATIONIS FIERET.

(8) Cassat., 28 août 1833 (Sirey, 33, 1, 800. Dall., 33, 1, 342). 13 janvier 1835 (S., 35, 1, 198. D., 35, 1, 241).

(9) Claperiis, *causa* 46.

(10) Dall., 31, 1, 249. Sirey, 31, 1, 204.

Article 1771.

Le fermier ne peut obtenir de remise lorsque la perte des fruits arrive après qu'ils sont séparés de la terre, à moins que le bail ne donne au propriétaire une quotité de la récolte en nature; auquel cas le propriétaire doit supporter sa part de la perte, pourvu que le preneur ne fût pas en demeure de lui délivrer sa portion de récolte.

Le fermier ne peut également demander leur remise, lorsque la cause du dommmage était existante et connue à l'époque où le bail a été passé.

SOMMAIRE.

742. Lorsque les fruits sont séparés de la terre, le fermier n'a plus d'indemnité à réclamer; ils périssent pour lui.
743. La séparation suffit-elle, ou bien faut-il que le fermier ait engrangé les fruits?
Ancien droit.
744. Esprit et volonté du Code civil sur cette question.
745 et 746. Si c'est un colon partiaire qui cultive, la perte des fruits après la séparation du sol se partage avec le propriétaire.
747. *Quid* si c'est un fermier qui paye en denrées?
748. Si le propriétaire s'est réservé une portion de fruits à prendre sur la récolte, il partage la perte.
749. Mais il n'en est pas de même quand le fermier doit payer une certaine quantité de denrées sans désignation. Les genres ne périssent pas.
750. Si le fermier paye en argent, il ne peut obtenir de remise pour perte survenue depuis la récolte des fruits.
751. Rejet d'un arrêt de la cour de Metz.
752. Le fermier n'a pas droit à remise lorsqu'il connaissait la cause du dommage.
753. Il n'est pas non plus reçu à se plaindre quand la mauvaise récolte vient de la mauvaise qualité de la terre.
754. Il en serait de même, à plus forte raison, si la perte venait de son fait.

COMMENTAIRE.

742. Le premier cas dont s'occupe le législateur pour refuser au fermier l'action en remise, est celui où les fruits sont séparés de la terre, lorsque le sinistre vient les frapper. On pressent tout d'abord la raison déterminante de cette disposition de l'article 1771. La séparation des fruits de la terre en a fait passer la propriété dans les mains du fermier; les fruits ont cessé d'être un accessoire de la chose (1); ils ont été mobilisés au profit du preneur qui les a faits siens. C'est donc le cas d'appliquer la règle célèbre : *Res perit domino.* Ainsi donc, tout s'enchaîne dans les dispositions du Code sur la perte des fruits; tant que les fruits sont adhérents au sol, ils périssent pour le propriétaire. Aussitôt qu'ils en sont séparés, et que le fermier les a faits siens en les récoltant, c'est lui qui doit supporter la perte.

743. Nous disons que, par la seule séparation des fruits de la terre, ils sont passés dans le domaine de propriété du preneur. On n'était pas d'accord sur ce point dans l'ancienne jurisprudence. Suivant le plus grand nombre des interprètes du droit romain, la seule séparation du sol ne suffisait pas. Il fallait que le fermier eût perçu les fruits, c'est-à-dire qu'il les eût recueillis, engrangés ou amoncelés. « *Suos facit perceptione solâ*, disait le président Favre (2)... Illud « sanè observandum est non statim atque fructus « sint à solo separati, eos esse periculo conductoris, « sed ità demùm si fuerint collecti et in horreo recondi « diti, quia non antè percepti videntur (3). » Telle était la jurisprudence du parlement de Toulouse, au témoignage d'Albert et de Brillon (4). D'autres, au contraire, pensaient que le droit du fermier sur les fruits devenait plein et entier par la seule séparation (5).

744. La question se présenta et fut nettement posée entre le conseil d'État et le tribunat lors de l'élaboration de l'art. 1771. Le tribunat proposa d'ajouter après ces mots, *après qu'ils sont séparés de la terre*, ceux-ci, *et mis en état d'être enlevés.*

« Au moyen de cette addition, disait le tribunat, il « est hors de doute que, s'il s'agit de grains venant « d'être coupés, mais n'étant pas encore en gerbes, « le bailleur ne pourra se prévaloir de l'article pour « opposer une fin de non-recevoir au fermier qui de« mande une remise. Les mots *après qu'ils sont sépa« rés de la terre* seraient interprétés différemment s'ils « restaient seuls (6). »

Mais cet amendement ne fut pas adopté, et l'article 1771 resta tel que le conseil d'État l'avait proposé. Il suit de là que le fermier ne serait pas reçu à invoquer sous le Code civil la doctrine du président Favre. Quand même il insisterait sur ce qu'il n'a pas eu le temps de mettre les fruits à couvert, et que le sinistre est venu le frapper lorsqu'à peine la faucille avait détaché les grains de leur tige, sa plainte serait vaine. Il faudrait maintenir à l'article 1771 le sens que le tribunat y avait aperçu et qu'il s'est vainement efforcé de modifier (7).

745. Toutefois, la règle posée dans l'art. 1771 n'est pas tellement absolue qu'elle ne comporte quelques exceptions. Pour se faire des idées justes à cet égard, il faut entrer dans des distinctions :

Ou le preneur est un colon partiaire;

Ou bien c'est un fermier qui paye en denrées;

Ou bien, enfin, c'est un fermier qui paye en argent.

746. Dans le premier cas, le dommage souffert par les fruits après leur séparation du sol se partage

(1) *Fructus, quamdiù solo cohærent, fundi sunt* (Afric., l. 61, § 6, D. *De furtis*).

(2) Cod., lib. 4, t. 12, def. 21, et *Ration. ad Pand.*, sur la loi 25, § 6, D. *Loc. cond.*

(3) Il cite la loi 13, D. *Quib. mod. ususfr. amit.*, et Paul de Castro, et la loi 61, § 8, D. *De furtis.*

(4) Albert, lettre F, art. 14; Brillon, vº *Bail*, nº 54.

(5) V. les auteurs cités par Brunemann, sur la loi 15, au D. *Loc. cond.*, nº 8.

(6) Fenet, t. 14, p. 286. Locré, t. 7, p. 187, nº 28.

(7) M. Duranton, *Louage*, nº 205.

entre le propriétaire et le colon. L'un est lié à l'autre par une société qui met en commun la perte et le gain (1). Le colon ne serait responsable de la perte qu'autant qu'elle serait arrivée lorsqu'il était en demeure de livrer au propriétaire sa part des fruits (2).

747. Dans le second cas, une sous-distinction est nécessaire : Ou il a été convenu que la prestation due par le fermier serait prise en nature sur les fruits de la chose;

Ou bien le bail n'attribue pas la prestation au propriétaire à titre de quantité prise sur les fruits du fonds, mais il la lui donne en général et sans en limiter l'origine.

748. Dans la première hypothèse, le péril de la chose retombe sur le propriétaire, jusqu'à concurrence de ce qui lui est dû; telle est la disposition de notre article. Elle est conforme à l'ancien droit (3), et la raison parle hautement en sa faveur (4). Car le propriétaire, en se réservant telle quantité à prendre dans les fruits du fonds, a empêché que cette quantité ne passât dans le domaine de son fermier; celui-ci n'en a fait la récolte que pour le maître et non pour lui-même. Il ne serait donc responsable qu'autant que la perte serait arrivée lorsque déjà le propriétaire l'avait mis en demeure de livrer sa part afférente (5).

749. Mais, dans la deuxième hypothèse, il n'en est pas ainsi. Le fermier n'est pas débiteur d'une espèce, mais d'un genre. Or, un genre ne périt jamais. *Conductor est debitor generis, quod nunquàm perire potest* (6).

750. Enfin, si le fermier est tenu de payer en argent, il est encore plus évident que la récolte des fruits élève contre sa demande en réduction une fin de non-recevoir invincible.

751. A ce principe, la cour de Metz a imaginé une exception; elle a pensé que l'art. 1771, applicable sans doute lorsque des cas fortuits ordinaires ont ravagé les récoltes séparées du sol, cesse de l'être lorsque le mal a été occasionné par des cas fortuits extraordinaires, par exemple par une inondation à laquelle le pays n'était pas sujet (7). Jamais décision ne fut plus en opposition avec le droit et la vérité. Eh! qu'importe que le sinistre soit un cas ordinaire ou extraordinaire de force majeure? Quand il est arrivé, la chose n'était-elle pas la propriété du fermier? n'était-elle pas à ses risques?

752. La séparation des fruits n'est pas le seul cas qui place le fermier en dehors des dispositions des art. 1769 et 1770. L'art. 1771 en prévoit un second : c'est celui où la cause du dommage existait et était connue du preneur lorsque le bail a été passé. Alors, il est censé avoir voulu le prendre à ses risques et périls. On suppose, d'ailleurs, que le prix a été fixé en conséquence (8).

« Ainsi, dit Brillon (9), si les fermiers avaient pris « la ferme en temps de guerre, ils ne pourraient, « sous aucun prétexte, demander une diminution, « parce que le cas a été prévu, à moins que le siége « ne fût devant la ville où le revenu de la ferme se « perçoit. » (Arrêt du parlement de Paris, du 23 décembre 1590, contre le cardinal de Gondy, abbé de Saint-Aubin.)

753. A plus forte raison, le fermier serait-il non recevable à se plaindre si la disette de la récolte provenait de la mauvaise qualité de la terre (10).

754. Et si la perte avait été occasionnée par une faute du fermier, il n'est pas moins évident que sa demande en réduction serait sur-le-champ repoussée.

Article 1772.

Le preneur peut être chargé des cas fortuits par une stipulation expresse.

Article 1773.

Cette stipulation ne s'entend que des cas fortuits ordinaires, tels que grêle, feu du ciel, gelée, coulure.

Elle ne s'entend pas des cas fortuits extraordinaires, tels que les ravages de la guerre ou une inondation, auxquels le pays n'est pas ordinairement sujet, à moins que le preneur n'eût été chargé de tous les cas fortuits prévus ou imprévus.

SOMMAIRE.

755. De la stipulation par laquelle le fermier s'est chargé des cas fortuits.
756. Règle d'interprétation donnée par les art. 1772 et 1773. Distinction entre les cas fortuits prévus et les imprévus.
757. Cette distinction vient des Bartolistes. Elle est fondée, malgré les critiques de Vinnius.
758. Suite.
759. Si la clause par laquelle le fermier s'est chargé des sinistres s'entend de ceux qui affectent la chose ou de ceux-là seulement qui affectent les fruits?

(1) L. 25, § *Vis major*, D. *Loc. cond.*, l. 38, D. *Pro socio.* Favre (Code, lib. 4, t. 42, n° 22). *Supr.*, nos 637 et suiv., et n° 650.
(2) Art. 1771 et 1138. C. C.
(3) Favre, *loc. cit.*
(4) *Supr.*, n° 674. M. Duranton, *Louage*, n° 208.
(5) Art. 1771 et 1138 C. C.
(6) Favre, *loc. cit.* L. 11, C. *Si cert. petat.* M. Duvergier, t. 24 n° 194. M. Duranton, *Louage*, n° 208. *Supr.*, n° 674.
(7) 10 mai 1825 (D., 29, 2, 4. Sirey, 29, 2, 172. Palais, t. 73, p. 362).
(8) M. Duranton, *Louage*, n° 209.
(9) V° *Bail*, n° 54.
(10) l. 15, § 5, D. *Loc. cond.*

COMMENTAIRE.

755. Les art. 1772 et 1773 s'occupent d'un nouveau cas qui fait cesser l'action du fermier en diminution du canon. C'est lorsque le fermier s'est chargé, par une stipulation expresse, des cas fortuits (1).

756. Cette stipulation peut être plus ou moins large; le juge doit en peser les termes. Les art. 1772 et 1773 lui donnent une règle d'interprétation dont il ne doit pas s'écarter.

Cette règle, la voici :

Ou la clause porte que le fermier supportera les cas fortuits;

Ou bien, employant des termes plus précis et plus larges à la fois, elle porte qu'il sera chargé des cas fortuits prévus et imprévus.

Dans le premier cas, la stipulation ne s'entend que des sinistres ordinaires, c'est-à-dire de ceux que l'on prévoit ordinairement, tels que grêle, feu du ciel, gelée, coulure, etc.; mais elle ne comprend pas les cas fortuits extraordinaires, tels que les ravages de la guerre, l'expulsion du fermier par l'ennemi, une inondation ou autres fléaux auxquels le pays n'est pas ordinairement soumis.

Dans le second cas, le preneur reste chargé de tous les cas fortuits quelconques (2).

757. Par là le Code fait cesser une controverse qui agitait l'ancienne jurisprudence. Les Bartolistes, qui, dans les questions de pratique, furent si féconds en aperçus fins et ingénieux, avaient proposé la distinction, aujourd'hui admise par le Code, entre les cas de force majeure ordinaire, et les cas de force majeure extraordinaire (3); et cette distinction était devenue dominante dans les tribunaux (4).

Mais dans l'école, où il y a plus de roideur dans l'interprétation des lois, et moins de condescendance pour les faits, on contestait le mérite de cette opinion. Vinnius (5) s'efforçait de la faire rejeter par des raisons de doctrine beaucoup trop absolues pour ne pas venir se briser contre des appréciations fondées sur la volonté présumée des parties contractantes et sur des nuances délicates.

Que disait Vinnius?

Un cas fortuit est celui qui est nécessairement imprévu, inopiné. Dès lors n'y a-t-il pas contradiction à classer les cas fortuits en cas ordinaires ou prévus, et cas extraordinaires ou imprévus? Si un sinistre a été prévu, il cesse d'être cas fortuit; il ne reste tel qu'autant qu'il vient confondre la prévoyance humaine.

Mais ce raisonnement n'est fondé que sur un jeu de mots. Il se résume en une équivoque sur le mot *prévoir*. Quand les Bartolistes prononcent le mot de *cas fortuits prévus*, ils n'entendent pas parler d'une prévision précise, connaissant le lieu, le jour et l'heure où tel fait arrivera certainement; ils ne font allusion qu'à cette sagesse de l'homme qui, dans ses craintes prudentes, redoute tel ou tel fléau qui, assez souvent, ravage les fruits de la terre, sans que cependant il soit possible de savoir d'avance où et quand et s'il arrivera! On voit que ce n'est là, à vrai dire, que la prévision d'un événement imprévu. Oui! imprévu, quoiqu'on s'en soit préoccupé; car il reste fortuit quant à l'époque, au lieu, etc., etc. Mais comme ces fléaux sont fréquents, et que presque chaque année il y a tantôt une contrée, tantôt une autre qui leur paye un fatal tribut, les parties ont dû porter leur pensée de ce côté; mais il est bien évident qu'elles ne se sont inquiétées que de ceux dont elles connaissent les retours, malheureusement trop réitérés. Quant aux sinistres insolites et très-rares, comment pourrait-on supposer qu'elles y ont pensé? Est-il raisonnable de croire qu'elles ont pactisé sur l'inconnu? Ne serait-ce pas forcer toutes les règles de l'interprétation, que d'admettre que le bailleur a cherché à se prémunir contre des dangers tellement vagues, incertains et inaccoutumés, qu'ils sont presque imaginaires? Et quel moyen de croire que le fermier a entendu les prendre à ses risques, lorsque ni lui ni le bailleur ne s'en sont positivement expliqués?

Voilà les raisons puissantes qui ont déterminé les rédacteurs du Code à préférer la doctrine de Bartole à celle de Vinnius. Ils n'ont fait, du reste, que se conformer à cette règle, que dans le doute l'interprétation la plus bénigne doit prévaloir, *In dubio quod minimum est sequimur*.

758. Ceci nous conduit à une autre observation.

Lors de la discussion préparatoire du Code civil, les tribunaux d'appel d'Agen (6), Paris (7) et Nancy (8), réclamèrent contre la partie de l'art. 1773 qui comprend la coulure au nombre des cas fortuits. Suivant elles, ce n'était qu'un accident, trop fréquent dans un pays coupé comme le nôtre, pour qu'on pût le mettre au nombre des sinistres majeurs.

Je crois avoir justifié plus haut cette disposition de l'art. 1773, dont l'esprit n'avait pas été parfaitement saisi par ces tribunaux (9). On consultera également ce que j'ai dit dans le commentaire de l'art. 1722, sur une distinction proposée par quelques auteurs entre les cas fortuits extraordinaires et les cas fortuits très-extraordinaires (10).

759. On a demandé si la clause qui met à la charge du fermier les cas fortuits, s'entend des sinistres qui affectent la chose, ou seulement des sinistres qui détruisent les fruits. Cette question est dans la pratique plus de fait que de droit. Elle dépend de la portée que les parties ont entendu donner à leur convention. Toutefois, si on l'examine en pure thèse, il faut dire que le fermier n'est censé avoir voulu prendre à ses risques que les ravages soufferts par les fruits; mais qu'il n'est pas vraisemblable que sa pensée a été de prendre la responsabilité des faits de force majeure qui affectent la chose même. L'art. 1772 se lie à une suite de dispositions qui ont pour but d'énumérer les cas où le fermier ne peut obtenir de remise sur le prix pour cause de perte de la récolte.

(1) Ulp., l. 9, § 2, D. *Loc. cond. Junge* l. 8, C. *Loc. cond.* L. 19. C. id. *Infr.*, no 759.

(2) Paris, 24 messidor an x (V. la nouvelle collect. Sirey, refondue et publiée par MM. Devilleneuve et Carette. Cette collection me paraît très-remarquable par l'exactitude de la rédaction et les recherches des deux arrêtistes. T. 1, p. 2, p. 84.)

(3) Bartole, sur la loi 4, § penult., D. *Si quis caut. jud.*, et sur la loi 78, § ult., D. *De cont. empt.* Mantica, lib. 5, *De tacit. et ambig. cont.* Fachin, *Cont.*, lib. 1, c. 86. Medicis. *De casib. fort.*, part. 2, quæst. 10, no 40.

(4) Favre, Code, lib. 4, t. 42, déf. 2. Brillon, vo *Bail*, no 54. Pothier, *Louage*, no 178. Merlin, Q. de droit, vo *Loyers et fermages*, § 1. Domat, *Louage*, part. 4, no 6.

(5) *Quæst. selectæ*, lib. 2, c. 1.

(6) Fenet, t. 3, p. 24, 25.

(7) Id., t. 5, p. 277.

(8) Id., t. 4, p. 616.

(9) *Supr.*, no 711.

(10) Id., no 210.

Après avoir montré les fins de non-recevoir que l'action du fermier en diminution du canon, trouve dans la perception des fruits dans sa demeure, dans l'existence de la cause du dommage avant le bail, jointe à la connaissance qu'il en avait, le législateur s'occupe de l'exception que la convention sur les cas fortuits donne au propriétaire. C'est le dernier anneau d'une chaîne qui se rattache à l'art. 1769. Donc, cette convention doit se restreindre à un accord sur le cas de perte des fruits, le seul dont s'occupent les articles 1769 et suiv.; donc, à moins qu'une clause bien expresse n'en étende le sens ordinaire, elle est étrangère aux détériorations souffertes par la chose même. Ainsi, si le feu du ciel ruinait un bâtiment, le propriétaire ne pourrait trouver dans la stipulation dont nous parlons le principe d'une action en réparation contre son fermier (1); il faudrait une clause extensive, portant positivement que le fermier a été chargé des dégradations subies par le fonds, par suite des fléaux destructeurs (2).

Article 1774.

Le bail sans écrit d'un fonds rural est censé fait pour le temps qui est nécessaire afin que le preneur recueille tous les fruits de l'héritage affermé.

Ainsi, le bail à ferme d'un pré, d'une vigne et de tout autre fonds dont les fruits se recueillent en entier dans le cours de l'année, est censé fait pour un an.

Le bail des terres labourables, lorsqu'elles se divisent par soles ou saisons, est censé fait pour autant d'années qu'il y a de soles.

SOMMAIRE.

760. Des baux sans écrit. Utilité des longs baux. Observations de la cour de Lyon sur leurs dangers. État actuel des opinions sur cette question.
761. Le Code civil reste neutre; il s'en réfère aux intérêts privés et aux progrès de l'agriculture.
762. Point de départ du Code pour fixer la durée des baux sans écrit.
763. *Quid* quand la ferme est divisée par soles? Sens du mot *soles*. Objection contre ce système de culture.
764. Suite.
765. *Quid* quand la ferme comprend des terres dont le produit est annuel et d'autres soumises à l'assolement biennal ou triennal?
766. Durée du bail verbal d'un bois taillis.
767. Suite.
768. Durée du bail verbal des héritages qui donnent plusieurs récoltes par an.
769. Renvoi pour une difficulté.

COMMENTAIRE.

760. Les baux de biens ruraux faits sans écrit se renferment, comme nous le verrons tout à l'heure, dans des termes assez courts, et sous ce rapport, ils ont aux yeux des agronomes de grands inconvénients. Les sociétés d'agriculture recommandent en général les longs baux. On a vu des conseils généraux aller jusqu'à demander que le Code rural les prescrivît en termes formels. Depuis plus d'un siècle, l'agriculture est florissante en Écosse. Elle le doit particulièrement à l'habitude des longs baux qui y furent introduits en 1714 par lord Cochrane. L'usage s'en est propagé en Angleterre, depuis surtout que le parlement, en 1770, étendant les droits des possesseurs de biens substitués, leur permit de faire ces baux (3).

En France, la loi du 30 mai 1835 les a encouragés (4); mais ils trouvent des obstacles assez nombreux dans les pays où les propriétés sont divisées, et où les grands corps de ferme disparaissent de jour en jour davantage. Des préjugés enracinés les redoutent d'ailleurs et luttent contre l'impulsion que la science agricole s'efforce de donner. Je trouve dans les observations de la cour d'appel de Lyon, sur le projet du Code civil, un manifeste si spécieux contre les longs baux, que je crois utile d'en faire connaître quelques fragments à ceux qui étudient la question avec impartialité.

« Plus on y réfléchit, disaient plusieurs membres de la commission formée par cette cour (5), plus on est convaincu que la longue jurisprudence qui avait fixé en France les baux à neuf ans était fondée sur de puissants motifs; qu'on ne doit s'en écarter que lorsque le fermier est obligé à des défrichements, à des améliorations dispendieuses; qu'encore, en ce cas, ils doivent être restreints au temps utile pour indemniser avec profit le fermier de ses avances et de ses travaux;

« Que le système des baux à long terme, sous des apparences spécieuses et dont les agriculteurs seuls peuvent discerner la frivolité et le danger, ne tend qu'à renouveler le système féodal, à avilir la propriété, à ruiner les propriétaires, comme le furent jadis les seigneurs quand ils échangèrent contre un cens invariable leur revenu susceptible d'accroissement (6).

« Par l'effet du bail, la propriété est à l'un, les fruits sont à l'autre; c'est donc une division tempo-

(1) M. Duranton, *Louage*, n° 213. M. Duvergier, t. 2, n° 201.
(2) La loi 9, § 2, D. *Loc. cond.*, offre un exemple de pareille clause.
(3) Motif et discussion de la loi du 30 mai 1835 (D., 35, 3, 61, note.)
(4) *Supr.*, n° 78.
(5) Fenet, t. 4, p. 197.
(6) V. ma préface.

raire de la propriété, et toute division de la propriété lui est toujours essentiellement funeste et entraîne sa dégradation.

« La cause nécessaire de cet effet, justifiée par l'expérience, c'est que le propriétaire, tranquille sur la foi du produit annuel qui doit lui être compté, néglige sa propriété, la perd de vue, ne songe qu'à percevoir le revenu, et le consomme sans en sacrifier la moindre portion à l'amélioration et même aux réparations les plus nécessaires. Le fermier, de son côté, ne fait point d'avances financières, point d'avance primitive; il se borne aux avances annuelles, parce qu'il n'est pas propriétaire. Trop souvent même, si l'immeuble est considérable, il confie sa culture à des colons à moitié fruits, et prend tout ce qu'il peut, sans faire aucune avance. Un homme qui a les fonds et l'intelligence nécessaires pour faire des avances, achète un terrain et les fait chez lui, pour transmettre le sol à ses enfants ou en disposer à sa volonté (1).

« Quand même on supposerait que le fermier fera des améliorations, l'équité n'exigerait que la durée du temps nécessaire pour l'en indemniser. Or, s'il défriche un champ pour y semer du grain, avant deux ou trois ans, il a retiré avec usure son avance. Au bout de peu d'années, la fertilité prodigieuse du nouveau sol est épuisée; il est réduit à la production d'une terre de la qualité anciennement labourée.

« S'il plante une vigne, au bout de 7 à 8 ans, il a recouvré sa dépense; il a du profit. Avant 15 ou 18 ans, il faut commencer à la renouveler en provignant; par conséquent, elle est déjà en partie épuisée, quelque bon que soit le terroir.

« Fait-il des prairies artificielles, leur plus longue durée est de 12 à 15 ans.

« Il n'existe donc aucun motif tiré de l'intérêt de l'agriculture, de la nécessité d'indemniser le fermier de ses avances, même réelles, qui puisse faire étendre la durée des baux (2). »

Telles sont les raisons principales dont plusieurs commissaires étaient frappés. On peut sans doute les contester; on peut dire que les longs baux peuvent seuls déterminer les améliorations considérables, les défrichements, les plantations de vignes et de bois, les travaux pour l'irrigation, etc., etc. On peut rappeler l'usage des agronomes romains qui choisissaient de préférence leurs fermiers parmi les cultivateurs héréditaires de leurs propriétés (3). Toutefois, l'argumentation de la cour de Lyon méritait d'être mise en lumière. Je n'ai pas cru devoir la passer sous silence.

761. Quant au Code civil, il ne prend pas parti sur la question des longs baux; seulement, il se met au point de vue des parties contractantes, il tient compte des faits et des habitudes locales, et il en règle l'influence et la portée. Dans beaucoup de contrées de petite culture, les baux verbaux sont très-fréquents; le législateur, qui connaît l'affection de la classe agricole pour ses anciennes pratiques, n'a pas voulu heurter de front cet usage, qu'il aurait été difficile, peut-être même inutile, de supprimer. Il autorise donc les baux faits verbalement et en détermine les effets. La cour de Lyon aurait voulu que tout bail quelconque, non écrit, fût sans effet pour l'avenir, et qu'il ne subsistât que pour l'année de l'occupation (4). Le Code civil n'a pas voulu être aussi absolu : voici comment il envisage l'étendue de ces baux, sous le rapport de la durée.

762. Lorsque le bail a été fait sans écrit et qu'il n'a rien été stipulé sur sa durée, l'art. 1774 puise, dans le but même que le fermier s'est proposé en louant un héritage, l'indication du terme qui le fait expirer. Le bail est censé fait pour le temps qui est nécessaire afin que le preneur recueille tous les fruits (5).

Ainsi, lorsque la nature de l'héritage est telle que tous les fruits se recueillent dans une année, le bail est censé fait pour un an. Tel est le bail d'un pré, celui d'une vigne; tel serait aussi celui d'une partie de terre à ensemencer en blé ou de toute autre manière, etc. La récolte étant faite, le bail expire de plein droit.

763. Mais lorsque les terres labourables sont divisées par soles ou saisons, le bail est censé fait pour autant d'années qu'il y a de soles. On appelle *soles* ou *saisons* chacune des divisions annuelles et alternatives que l'on établit sur des terres cultivables. Ce mot paraît dérivé du latin, *solum*, sol. Ainsi, chaque saison ou sole est une certaine quantité de terre (ordinairement le tiers) de la masse de celle du domaine, que l'on destine à une culture particulière. Cette quantité donne du blé dans la première année, de l'orge ou de l'avoine dans la deuxième; elle se repose dans la troisième, et s'appelle alors jachère (6). Ce mode d'assolement est l'objet de beaucoup de critiques de la part des agronomes éclairés. Il a été banni sans retour de la Flandre, de l'Artois, de l'Alsace, du Perche, du Dauphiné, de la Bresse, etc., et remplacé par l'assolement alterne (7). La cour de Lyon craignait que l'article 1774 n'érigeât en loi et n'encourageât ce *dangereux usage* des soles (8) dans un temps où les sociétés d'agriculture s'occupent à la faire disparaître (9). Elle demandait, en conséquence, la modification de l'article 1774; mais cet amendement ne prévalut pas. L'assolement triennal est encore trop enraciné dans les habitudes de certaines provinces pour que le législateur pût songer à le faire disparaître brusquement; son existence est un fait dont il a dû tenir compte, d'autant qu'il se défend par des raisons plausibles dans plusieurs départements, particulièrement dans les pays de petite culture, où l'agriculteur pauvre et sans avances manque de moyens suffisants; dans ceux où règne encore le besoin de la vaine pâture; dans les contrées, enfin, où la terre n'a pas été ameublie de longue main par une bonne culture et de riches engrais.

764. Quoi qu'il en soit de la supériorité du système alterne sur l'assolement triennal, supposons qu'une ferme soit divisée en trois saisons : il est évident qu'en la louant, le fermier s'est proposé de re-

(1) Fenet, p. 193.

(2) P. 195.

(3) V., dans ma préface, les conseils de Columelle.

(4) *Loc. cit.*, p. 199.

(5) Pothier, n° 28.—Lorsque, nonobstant un congé signifié et accepté, le preneur d'un héritage rural est laissé en possession pendant un laps de six mois, on doit en induire un tacite réconduction dont les effets sont à régler d'après l'art. 1774. (6 avril 1835, C. de Liége; Jur. de Belg., 1836, 2, 472.)

Dans le cas d'un bail sans écrit, le fermier pourrait prétendre à la récolte, sous prétexte de réconduction résultant de certains faits de culture pendant l'année. (20 avril 1812, C. de Brux.; Déc. not.; t. 27, p. 31.) (*Édit. belge.*)

(6) Dans certaines localités on appelle la jachère *versaine*, *gueret*, *varet*, *sombre*, *novale*, *verchère*, *lande*, *friche*, *gaussède*, *cotive*, *terre à soleil*, *compot*, *chaumage*, *couture*, *sommart*, etc.

(7) *Supr.*, n° 633.

(8) Fenet, t. 4, p. 199.

(9) Id.

cueillir du blé sur chacune des trois soles, et qu'il n'aura joui pleinement des fruits de la chose, qu'autant que le bail lui aura donné au moins trois années d'exploitation. C'est pourquoi l'art. 1774 décide que le bail est censé fait pour autant d'années qu'il y a de soles ou saisons (1).

765. Si la ferme comprend des terres soumises à l'assolement triennal et des héritages dont tous les fruits se récoltent en une seule année, comme des prés, des vignes, le bail sera de trois ans pour le tout. Dans une ferme de cette nature, toutes les productions se combinent les unes avec les autres; les prés donnent des fourrages, et les fourrages nourrissent les bestiaux dont les fumiers engraissent les terres labourables. Sans eux la culture des céréales manquerait de son auxiliaire le plus efficace. Les vignes viennent au secours du fermier pour les besoins alimentaires du personnel de la ferme, et même pour la nourriture des bestiaux qui mangent leurs feuilles précieusement recueillies. Et si des désastres frappent les céréales, la récolte du vin peut donner au fermier les moyens de couvrir ses pertes. Le bail ne pourrait donc être divisé sans les plus grands inconvénients (2).

766. Lorsque le bail verbal est d'un bois taillis, la question de savoir quelle est sa durée présente plus de difficulté.

Le projet du Code civil contenait, dons son art. 17, une disposition ainsi conçue :

« Le bail d'un bois taillis, lors même qu'il se partage en plusieurs coupes, n'est censé fait que pour une coupe (3). »

La cour de Rennes en avait fait la critique (4). « Lorsqu'on afferme verbalement un bois taillis, disait-elle, on est présumé en vouloir céder au preneur la jouissance intégrale. Si donc le bois taillis se divise en plusieurs coupes, le preneur doit les avoir toutes; autrement, si on ne lui en donne qu'une, ce n'est plus le bois taillis qui lui est affermé, mais une partie; ce qui est contraire à l'hypothèse d'une ferme de bois taillis dans son intégralité. »

Au conseil d'État, cette observation fut reproduite par M. Defermon. « Lorsque la convention ne donne au preneur qu'une seule coupe, disait-il, ce n'est point un bail, mais une vente; car si la totalité de l'exploitation se divise, par exemple, en neuf coupes, il ne peut y avoir de bail que lorsque le contrat les comprend toutes également. »

Alors M. Galli rappela que le projet fût réformé de la manière suivante : « Le bail d'un bois taillis, lorsqu'il se partage en plusieurs coupes, est censé fait pour l'exploitation successive de toutes les coupes »; mais que cet amendement avait été rejeté par la section de législation.

M. Defermon insista : il fit observer « que, dans la Bretagne, il se trouve presque toujours des taillis parmi les terres affermées; qu'on en laisse la jouissance au fermier pour les coupes aux époques convenables et sans anticipation, et qu'ils font partie de la totalité du bail; que ces usages se trouveraient détruits par le projet d'article. »

Il paraît que cette observation produisit une certaine impression; car M. Tronchet pensa « que ce motif et les autres considérations qui avaient été proposées, devaient décider *à ne pas s'expliquer sur les baux des bois.* »

On supprima donc ce qui était relatif à ce point (5) : étrange manière de sortir d'embarras!

767. Le juge, sur lequel le conseil d'État s'est déchargé de la solution de cette question, cherchera, dans l'intention présumée des parties, la durée du bail verbal avoué par elles. Que si cette intention reste enveloppée de nuages, voici, à mon sens, la distinction dont il devra s'aider :

Ou il s'agit d'un bois taillis qui dépend d'une exploitation prise à bail verbal; c'est le cas envisagé par M. Defermon, lorsqu'il faisait allusion aux usages de la Bretagne : et alors la jouissance du taillis appartient au fermier pour tout le temps qu'il doit jouir de la ferme. C'est la conséquence de la règle que nous avons donnée au n° 765. Le bois, étant l'accessoire de la ferme, reste nécessairement au fermier pour le même temps que l'objet dont il n'est qu'une dépendance. L'accessoire, dit un célèbre adage du droit, suit la condition du principal; et cette maxime est si raisonnable, qu'elle serait restée dans toute sa force alors même que le projet d'article aurait été adopté par le conseil d'État. Car ce projet n'entendait donner qu'une présomption pour le cas où le juge manquerait de tout élément de décision; or, ici, une raison de droit plus puissante que toutes les présomptions eût dominé la question et déterminé sa solution. Je ne conçois donc pas que M. Tronchet ait partagé les craintes de M. Defermon. Tant il est vrai que dans les discussions orales, les plus mauvais arguments sont quelquefois ceux qui produisent le plus d'effet!

Ou bien, le bois taillis subsiste principalement, et il a été pris à bail comme objet distinct, et alors je pense qu'il est plus rationnel de décider que le fermier a entendu profiter de toutes les coupes successives, jusqu'à leur entière révolution. Car si le bail était limité à une seule coupe, ce ne serait plus le bail d'un bois, mais celui d'une partie de ce bois (6).

768. Il y a des héritages qui donnent plusieurs récoltes par an. Tels sont les jardins potagers. Ulpien parle de fonds ruraux dont la fécondité enrichit le propriétaire par une double récolte (7). C'est probablement des prairies arrosées qu'il entend parler. Mais Pline étonne notre imagination lorsqu'il raconte que dans le territoire de Tacape, ville d'Afrique, on vendange deux fois dans la même année; qu'il y a même des vignes qui donnent trois fois l'an, de telle sorte que le même cep présente des grappes mûres, nouées et en fleurs (8). Je ne m'occuperai pas de ce cas extraordinaire et peut-être fabuleux. Quant aux autres, je pense que le bail verbal qui met entre les mains du fermier les jardins et prés dont il s'agit, est présumé devoir durer un an. Le preneur n'est censé en avoir recueilli tous les fruits (9), qu'autant qu'il a joui des produits que l'année entière donne à son travail. En vain voudrait-on réduire le bail à six mois. Cette prétention serait arbitraire. Car les diverses récoltes ne suivent pas la division du semestre. Les regains ne se coupent pas six mois juste après les premières herbes. Les légumes tardifs d'un jardin n'attendent pas

(1) V. *infr.*, n° 773, l'ancien droit et les autorités.
(2) *Infr.*, n° 767.
(3) Fenet, t. 14, p. 220.
(4) Id., t. 5, p. 395.
(5) Id., t. 14, p. 239 et 240. Locré, t. 7, p. 161, n° 16.
(6) *Junge* M. Duvergier, t. 2, n° 205.
(7) L. 7, § 6, D. *Solut. matrim.*
(8) Lib. 16, c. 50. Godefroy, sur la loi 7, § 6, D. *Solut. matrim.*
(9) Expressions de l'art. 1774.

pour venir à maturité qu'il se soit écoulé un laps précis de six mois depuis que les légumes précoces ont été cueillis. D'ailleurs, l'art. 1774 s'occupe précisément des prés, et, sans distinguer si on les fauche une fois, ou deux fois (il y a même des contrées, les Vosges par exemple, où les herbes se coupent jusqu'à trois et quatre fois), il décide que le bail est censé fait pour un an. C'est là un point de départ pour appliquer la même solution à tous les cas analogues.

769. Au surplus, nous verrons, au no 774, une espèce particulière où il y a doute pour savoir si une terre peut être considérée comme formant un tout unique, divisé en deux soles, ou bien si chaque sole n'est pas plutôt un tout distinct et séparé.

Article 1775.

Le bail des héritages ruraux, quoique fait sans écrit, cesse de plein droit à l'expiration du temps pour lequel il est censé fait, selon l'article précédent.

Article 1776.

Si, à l'expiration des baux ruraux écrits, le preneur reste et est laissé en possession, il s'opère un nouveau bail dont l'effet est réglé par l'article 1774.

SOMMAIRE.

770. Du terme de droit des baux faits sans écrit. Point de nécessité d'un congé.
771. De la tacite réconduction en matière de ferme des biens ruraux.
772. Elle a lieu, soit que le bail soit écrit, soit qu'il soit verbal.
773. Durée du nouveau bail. — Ancien droit.
774. Espèce posée par Pothier.
775. M. Duvergier a critiqué à tort sa solution.
776. Du temps nécessaire pour induire la tacite réconduction.

COMMENTAIRE.

Le bail des biens ruraux fait sans écrit cesse de plein droit à l'expiration du temps pour lequel il est censé fait, selon l'art. 1774 ; il a par sa nature un terme fixe, celui de la récolte des fruits qu'il était destiné à procurer au fermier. Ainsi il n'est pas nécessaire d'un congé pour rompre les relations du bailleur et du preneur.

771. Mais si à l'expiration du bail le preneur reste en possession, une tacite réconduction s'opère (article 1776 et 1738) (1) : « Qui, impleto tempore conductionis, remansit in conductione, disait Ulpien, reconduxisse videbitur (2). »

772. Il en est de même lorsque le bail est fait par écrit. Ce dernier cas est même celui que l'art. 1776 a eu particulièrement en vue. Mais son intention n'a pas été d'exclure la tacite réconduction des baux faits verbalement. Elle s'applique à tous les baux conventionnels (3).

773. Le nouveau bail qui commence par l'effet de la tacite réconduction est réglé quant à sa durée par l'art. 1774.

Dans l'ancienne jurisprudence on était loin d'être d'accord à cet égard. Dufresne rapporte un arrêt du 3 janvier 1625 au rôle d'Amiens, qui a jugé que la tacite réconduction des terres labourables ne devait avoir lieu que pour un an, attendu qu'il ne serait pas juste qu'un propriétaire demeurât privé plus d'un an de son héritage ; sauf à lui à indemniser son fermier de ses façons. Cette décision s'autorisait du texte de la loi 13, § 11, D. *Loc. cond.*, qui semble toujours restreindre à une seule année le temps de la réconduction. C'était aussi l'avis de Coquille (4).

D'autres jurisconsultes, au contraire, pensaient que la réconduction ne devait durer un an que pour les terres qui produisent tous leurs fruits dans ce laps de temps, comme les vignes, les prés, etc. (5) ; mais que s'il s'agissait de terres soumises à un assolement triennal, la réconduction devait se prolonger jusqu'à trois années (6) ; qu'autrement il en résulterait un dommage considérable pour le maître ou pour le fermier ; car il pourrait arriver que la première année de la réconduction serait de bien plus grand rapport que les deux

(1) V. *supr.*, le commentaire de l'art. 1738.

(2) L. 13, § 11, D. *Loc. cond.*

(3) Ferrière, *sur Paris*, art. 171, glose 1, no 45. — Bien que le congé d'un bail de biens ruraux, continué par tacite réconduction pendant plusieurs années, malgré une stipulation exclusive de la réconduction, ait été donné tardivement, néanmoins il n'y a pas lieu à une réconduction tacite, si dans l'intervalle de l'expiration du bail à la date du congé, il n'a été fait aucun acte de culture. (10 août 1838, C. de Liége ; Jurispr. de Belg., 1839, 2, 166.)

Lorsqu'après l'expiration d'un bail à ferme, le preneur reste et est laissé en possession durant quelques années, il s'opère un nouveau bail, mais pour une année seulement. (25 juin 1817, C. de Brux. ; Jur. de Belg., 1817, 1, 301.)

L'art. 1776 du Code civil concernant la réconduction tacite, n'a pas d'application quand le preneur a demandé prolongation du bail pour un terme plus court que celui de l'art. 1774, et qu'il a été laissé en possession. (19 nov. 1811, C. de Brux. ; Déc. not. ; t. 24, p. 261.) (*Édit. belge.*)

(4) Inst. au droit français du *Louage*.

(5) Bartole, sur la loi 13, § 11. D. *Loc. cond.* Le président Favre. *Ration. ad Pand.*, sur la loi précitée.

(6) Bartole et Favre, *loc. cit.*

autres, ou *vice versâ*. Que, d'après l'usage commun, les cultivateurs ne labourant toutes les terres qu'en trois saisons, il fallait tenir pour constant que la réconduction était pour trois ans; que cependant elle ne devait avoir lieu que pour deux ans dans les lieux et pour les terres qui se cultivent de deux en deux ans.

Cette opinion avait été consacrée à la tournelle civile au mois de février 1683 (1). C'était celle de Pothier (2), de Brunemann (3) et de presque tous les docteurs. Le Code civil ne pouvait s'empêcher de la consacrer: car la tacite réconduction, n'étant qu'un bail verbal, rentre nécessairement sous l'empire de l'art. 1774 qui règle ces sortes de baux.

774. Mais, quelque précis que soit cet article, il laisse indécise une question assez délicate posée par Pothier (4).

Soit une ferme partagée en deux soles. Je l'ai donnée à bail pour un an seulement, et par conséquent le fermier n'a eu que la jouissance d'une sole. A l'expiration de ce temps, il laboure et ensemence les terres de l'autre saison, qui étaient au repos à l'époque de son bail. On demande s'il y a tacite réconduction, surtout si les saisons sont inégales, soit pour la qualité, soit pour la quantité des terres.

Je réponds d'abord que la question est fort mal posée. Il ne peut y avoir lieu à tacite réconduction, puisque, dans le bail qui commence, la jouissance porte sur une chose autre que dans le bail expiré. Ce qu'il faut demander, c'est ceci : Le bail tacite dans lequel les parties se sont engagées, sera-t-il d'un an ou de deux ans?

Pour étendre le bail à deux ans, on peut dire que, d'après l'art. 1774, la durée des baux de terres partagées en deux saisons, est d'autant d'années qu'il y a de saisons.

Mais c'est là un faux point de vue. Dans l'espèce on ne peut pas dire qu'il n'y a qu'un seul et même héritage partagé en deux saisons; le bail précédent a rompu l'unité, puisqu'il n'a porté que sur une seule saison, abstraction faite de l'autre; donc, dans l'intention des parties, qui est censée se continuer dans le second bail, il y a eu autant de choses distinctes que de soles. Donc le bail tacite de la seconde saison ne comprend que les terres de la seconde saison, de même que le premier bail ne comprenait taxativement que les terres de la première sole. Donc enfin le second bail ne doit durer qu'un an (5).

Quant au prix, il ne pourra non plus être le même que celui du précédent bail; car les soles sont inégales en bonté et en étendue. Il faudra donc recourir à des experts pour le déterminer (6).

775. J'avais cru jusqu'à ce jour cette opinion frappante d'évidence. M. Duvergier la condamne cependant (7), par deux raisons qui s'excluent réciproquement. D'une part, M. Duvergier voudrait que le second bail fût de deux ans *parce qu'il n'emprunte rien au premier*; de l'autre, il voudrait que le prix fût le même parce que les parties *ont eu l'intention de conserver la clause de leur première convention!* D'ailleurs, M. Duvergier raisonne comme s'il y avait tacite réconduction, sans faire attention que la première condition d'une réconduction tacite, c'est que la jouissance du preneur se continue sur la même chose; tandis qu'ici le fermier jouit d'une chose toute différente.

776. Mais combien de temps de possession sera nécessaire pour faire présumer la tacite réconduction?

Un point important à cet égard et déjà rappelé par moi dans mon commentaire de l'art. 1738, c'est qu'on ne saurait la préjuger par le seul séjour du fermier au delà du délai usité dans le lieu, pour la sortie; autrement, ce serait punir un acte honorable de bonté et de complaisance; ce serait forcer un propriétaire à avoir un huissier, la veille du jour de l'expiration, pour chasser le fermier qui ne paye pas (8). La règle est que les magistrats devront exiger que le fermier continue sa jouissance pendant un temps assez long pour faire présumer le consentement du bailleur (9). Ils concilieront cette règle avec les usages locaux, qui sont le meilleur moyen d'interpréter les conventions; bien entendu, du reste, que ces usages ne seront pas du nombre de ceux dont nous avons montré l'abolition par les art. 1736 et 1776 (10).

Article 1777.

Le fermier sortant doit laisser à celui qui lui succède dans la culture, les logements convenables et autres facilités pour les travaux de l'année suivante; et, réciproquement, le fermier entrant doit procurer à celui qui sort les logements convenables et autres facilités pour la consommation des fourrages et pour les récoltes restant à faire.

Dans l'un et l'autre cas, on doit se conformer à l'usage des lieux.

SOMMAIRE.

777. Moyens indiqués par l'art. 1777, pour ménager la transition d'un bail qui finit à un bail qui commence.
778. Exemple emprunté à une ferme soumise à un assolement biennal.
779. Autre exemple emprunté à l'assolement triennal. Question grave provenant de l'établissement des prairies artificielles.

(1) Ferrière, sur Paris, art. 171, glose 1, n° 43.
(2) N° 360.
(3) Sur la loi 16, C. *De locat.*
(4) N° 361.
(5) *Junge* Pothier, *loc. cit.*
(6) Pothier, *loc. cit.*
(7) T. 2, nos 216 et 217.
(8) Observ. de la cour de Lyon (Fenet, t. 4, p. 200).
(9) *Supr.*, n° 446.
(10) *Ibid.*

COMMENTAIRE.

777. L'art. 1777 a pour objet de ménager la transition d'un bail qui finit à un bail qui commence. Il fallait concilier les intérêts du fermier qui quitte sa ferme avec les besoins du fermier qui va la prendre. Mais l'art. 1777 n'a pu prévoir d'une manière complète toutes les circonstances de cette transition, qui dépendent d'une foule de conditions et d'accidents locaux. Il renvoie donc à l'usage des lieux (1), se bornant à la règle suivante, dont la rédaction a une sorte de vague affecté qui se plie à tous les cas.

Le fermier sortant doit laisser à celui qui lui succède dans la culture, les logements convenables et les autres facilités pour les travaux de l'année suivante, et réciproquement (2) le fermier entrant doit procurer à celui qui sort les logements convenables et les autres facilités pour la consommation des fourrages et pour les récoltes restant à faire.

778. Mais, pour mieux comprendre cette disposition, quelques exemples doivent trouver ici leur place.

Soit une ferme située dans un pays d'assolement biennal, dans le département de l'Eure, par exemple, ou du Calvados, où les baux finissent et commencent à la Saint-Michel. Le fermier sortant laisse les terres arables dépouillées, mais il doit leur donner les façons préparatoires pour la semence du blé, de telle sorte que le fermier entrant n'ait qu'à ensemencer. Jusque-là les droits sont bien séparés, et ceux de l'un ne viennent pas s'enchevêtrer dans ceux de l'autre.

Mais le fermier sortant a droit aux herbes jusqu'à Noël, époque à laquelle les herbages sont entièrement dépouillés; ses bestiaux continuent à occuper les pacages et les écuries; seulement, il doit s'entendre avec le nouveau fermier pour que celui-ci trouve un logement suffisant pour ses chevaux de labour, et une ou deux vaches laitières.

C'est également au fermier sortant qu'appartient la récolte des pommes; jusqu'à l'entière dépouille des pommiers, qui se prolonge assez avant dans l'hiver, il faut qu'il puisse se servir, pour la confection du cidre, du pressoir et des celliers de la ferme qu'il a quittée.

Il a droit aussi à laisser ses blés engrangés dans la ferme jusqu'à la Saint-Jean suivante, au plus tard, et le fermier entrant est tenu de lui laisser un logement et un four pour un ou deux batteurs en grange, et pour une servante : il a également droit à une place aux écuries pour une vache et pour un ou deux chevaux suivant ce qui lui est nécessaire pour porter au marché les blés battus.

Quant aux fourrages, tels que paille, trèfle, sainfoin, vesce, etc., voici les combinaisons établies par l'usage : le fermier sortant doit faire battre tous les jours une certaine quantité de gerbes, parmi celles qui sont engrangées, et qui lui appartiennent, afin de ne pas laisser manquer la ferme des pailles nécessaires pour la nourriture des animaux du fermier entrant, pour leur litière, pour les fumiers. Sans cette précaution, un fermier vindicatif pourrait n'opérer le battage qu'en mars, par exemple, et par là il laisserait la ferme dans une disette désastreuse de paille pendant tout l'hiver!

Au surplus, il a droit de faire consommer par sa vacheet par les bêtes de somme que l'usage lui accorde jusqu'à la Saint-Jean, la quantité proportionnelle de paille qu'exigent les besoins de ces animaux.

Les fourrages sont également dévolus au fermier entrant; car on les considère comme une propriété de la ferme; et le fermier sortant serait gravement coupable s'il les emportait (3). Ce dernier n'a que la faculté d'en prendre la portion équitablement nécessaire pour le petit nombre de bestiaux qu'il laisse sur la ferme jusqu'à la Saint-Jean, et cette portion, étant consommée sur les lieux mêmes, augmente la masse des engrais.

Du reste, dans les localités dont je parle, on met les foins dans une classe à part; ils sont la propriété du fermier sortant, qui peut les vendre à son gré, et par conséquent les emporter (4).

779. Cet exemple donnera une idée de l'état de choses auquel l'art. 1777 a voulu pourvoir. Je dois en donner un autre emprunté aux provinces où l'on suit l'assolement triennal, par exemple, à la Lorraine; là, les baux commencent à la Saint-George (23 avril). Le fermier entrant donne à la sole en jachères les cultures nécessaires pour recevoir en automne la semence du blé. Les deux autres soles sont, à cette époque de la Saint-George, couvertes des blés et des avoines qui ont été semés par le fermier dont le bail expire; elles restent jusqu'à la récolte inclusivement à sa disposition. Aussi n'est-ce qu'après cette récolte qu'il paye ses derniers fermages, dont l'échéance est au 11 novembre (à la Saint-Martin), tandis que le nouveau fermier ne paye son premier fermage qu'à la Saint-Martin suivante, c'est-à-dire 18 mois après son entrée en jouissance par la culture de la jachère.

Ce fermier entrant recueille, sur la fin du mois de juin qui suit sa prise de possession, les foins des prairies naturelles existantes sur la ferme. Ceci s'explique par cette considération, qu'il ne reste plus de travaux à faire par le fermier sortant, si ce n'est ceux de la récolte à laquelle il a droit, tandis que tous les travaux de culture sont à la charge du fermier entrant, qui doit trouver dans les fourrages produits naturellement par la ferme, les moyens d'entretenir les bestiaux avec lesquels il exécute ces travaux.

Cette situation respective des deux fermiers étant bien connue, on comprendra facilement que la jouissance commune, quoique divisée, qu'ils se trouvent avoir pendant un certain temps des terres et des produits de la ferme, doit nécessairement amener sur la jouissance des bâtiments d'habitation et d'exploitation,

---

(1) Le fermier tenu de laisser, à l'expiration du bail, l'engrais provenant des pailles, ne peut, quand il ne lui reste plus de culture à faire, empêcher son successeur de conduire sur ses jachères le fumier déjà produit, sous prétexte que le fermier entrant n'a le droit d'en disposer qu'à la fin du présent bail. (19 fructidor an XIII, C. de Brux.; Décis. not.; t. 6, p. 353.)

Lorsque, dans un bail à ferme pour un terme de neuf ans, il est stipulé que le preneur devra laisser *le tiers des terres en jachères et les abandonner sitôt la récolte faite de la dernière année du bail*, le fermier sortant n'est point tenu d'abandonner le tiers des terres au fermier entrant, après la récolte de la huitième année. (7 juin 1820, C. de Brux.; Jurisp. de Belg., 1820, 2, 152.)
(*Édit. belge.*)

(2) Ce paragraphe fut introduit dans l'art. 1777 par suite d'un amendement de la cour de Caen, qui fit observer qu'il y a nombre de contrées où le fermier sortant récolte les gros grains; qu'il a besoin de granges, d'emplacements pour ses fourrages, d'étables, d'écuries; qu'un article exprès était nécessaire pour faire cesser beaucoup de difficultés (Fenet, t. 3, p. 456).

(3) *Supr.*, nos 666, 667.

(4) Id., no 667.

des conséquences dont l'étendue, pour chacun d'eux, se mesure par celle de leurs droits et de leurs besoins.

Dans les pays dont les usages m'occupent ici, c'est une question controversée que de savoir si le fermier entrant a droit de semer sur les blés d'hiver ou sur les mars du fermier sortant, une certaine quantité de trèfle, de sainfoin et autres fourrages qui font les prairies artificielles.

Un fermier des environs de Nancy, à qui son bail ne donnait pas expressément ce droit, ayant cependant cru pouvoir l'exercer, en jetant des trèfles sur les avoines, afin de ne pas perdre de temps pour s'assurer la quantité de fourrages nécessaire pour son exploitation; le fermier sortant réclama, et prétendit qu'il y avait là une atteinte à sa jouissance, qui devait rester exclusive jusqu'à la dépouille des terres. La cause fut portée devant l'un des juges de paix de Nancy, qui, par sentence du 21 juillet 1838, reconnut que le fait du fermier entrant pouvait porter préjudice au fermier sortant.

Voici cette sentence. Elle peut servir à préciser et à éclairer la question.

« Considérant que le fait de Louis *peut n'être pas très-dommageable, parce que dans les années chaudes et sèches* le trèfle semé parmi l'avoine *ne nuit pas toujours* à l'abondance de la récolte de cette céréale; ce fait est néanmoins répréhensible; c'est un quasi-délit par lequel un étranger vient se créer un bénéfice considérable sur un terrain dont il n'est ni propriétaire ni locataire. Mais celui qui jouit du terrain a-t-il droit de profiter de ce bénéfice, ou ne peut-il que demander une indemnité proportionnée au dommage qu'il éprouve?

« Considérant que l'art. 1382 du Code civil ne donne ouverture pour tout quasi-délit qu'au droit de réclamer la valeur du dommage éprouvé; que l'article 5, n° 1er, de la loi du 25 mai 1838, restreint la compétence du juge de paix à l'évaluation de ce dommage, qu'il ne doit ni ne peut donc faire participer le demandeur à la récolte que le défendeur s'est préparée par une voie blâmable, à la vérité, mais que le Code pénal n'a pas prévue; et quand bien même ce fait serait réprimé par la loi, l'amende qu'elle prononcerait ne tournerait pas au profit des demandeurs; on sent cependant que l'indemnité qu'il réclame doit être évaluée sur des bases moins étroites que si le dommage commis eût été involontaire.

« Considérant que Louis n'a pas été obligé de cultiver le terrain qu'il a ensemencé de trèfle; qu'il doit rembourser à Lefébure une partie du labour qu'il a donné à sa pièce avant d'y semer de l'avoine; qu'il en est de même pour les engrais donnés avant la culture du blé, parce que tous les sucs nutritifs qu'ils ont produits n'ont pas été absorbés par ce blé, et qu'il en est assez resté dans la terre pour profiter à l'avoine; et Louis, qui vient enlever une partie de ce suc par la semaille de son trèfle, doit contribuer pour une faible portion dans la valeur des engrais; car ceux qui profitent des avantages doivent nécessairement contribuer proportionnellement dans les dépenses;

« Considérant que des orages, la grêle, la sécheresse, ou les pluies tardives, peuvent diminuer la valeur que l'on espère en ce moment de la récolte de l'avoine; qu'ainsi on ne peut, comme le demande Lefébure, attendre au moment où elle sera coupée et battue, pour estimer le dommage; que d'un autre côté, cependant, selon telle ou telle de ces circonstances atmosphériques, la semaille du trèfle peut être plus ou moins nuisible, il est juste, en ordonnant que les experts visiteront dès à présent le terrain et le compareront aux autres champs d'avoine sans trèfle, de leur laisser la latitude de n'achever leur opération qu'au moment de la récolte, s'ils jugent ce délai utile à l'exactitude de leur évaluation;

« Nous, juge de paix susdit, ordonnons que, par experts, l'indemnité due au demandeur à raison du tort causé à sa récolte d'avoine, à raison de la semaille de trèfle, sera largement estimée; 2° que les susdits experts estimeront la valeur de la culture donnée au terrain avant la semaille des avoines, et celle des engrais qui y ont été placés avant les blés, et dans quelle proportion Louis doit contribuer au payement de ses cultures et engrais, pour, ensuite du rapport fait et rapporté, être statué ce qu'au cas appartiendra; les dépens demeurant réservés. »

Cette décision est équitable. Aussi fut-elle suivie d'un arrangement basé sur les principes qu'elle pose.

Du reste, ceci est un avertissement pour les propriétaires qui voudront seconder les progrès de l'assolement triennal, d'établir dans les baux, par une clause expresse, que le fermier entrant aura le droit de jeter au printemps dans les blés et avoines du fermier sortant les semences nécessaires à l'établissement des prairies artificielles.

Article 1778.

Le fermier sortant doit laisser les pailles et engrais de l'année, s'il les a reçus lors de son entrée en jouissance; et, quand même il ne les aurait pas reçus, le propriétaire pourra les retenir suivant l'estimation.

SOMMAIRE.

780. Obligation du fermier sortant quant aux pailles et engrais.
781. Suite.
782. Intérêt de l'agriculture à ce que la ferme conserve les pailles et fumiers.
Cet intérêt explique le second paragraphe de l'art. 1778.
783. L'art. 1778 s'applique-t-il aux fourrages?
784. Comment se fait l'estimation des pailles et engrais dont le fermier doit être indemnisé.
785. De la convention qui exempterait le propriétaire de payer une indemité.
Clause d'où l'on peut la faire résulter.
786. Obligation du fermier sortant par rapport aux semences.

COMMENTAIRE.

780. Si le fermier sortant a reçu les pailles et engrais de l'année lors de son entrée en jouissance, il doit les laisser à sa sortie; car ces choses faisaient partie de la ferme; elles en étaient un accessoire. Or, il faut que le fermier rende l'immeuble tel qu'il l'a trouvé (1).

781. Il arrive très-souvent que le fermier sortant, ne profitant pas des pailles, comme je viens de le dire, et voulant se procurer quelque réduction sur le prix du fauchage, fait couper les blés de la dernière récolte très-haut. Par là, la quantité de paille se trouve considérablement diminuée. C'est de sa part un abus grave qui l'expose à des réparations pécuniaires. Il est de l'intérêt du propriétaire de veiller avec soin à ce que le fermier sortant ne se livre pas à un tel mésus, et qu'il coupe les blés à la hauteur ordinaire (2).

782. Quand même le fermier sortant n'aurait pas reçu les pailles et engrais, il doit cependant les laisser à sa sortie (1778), sauf au propriétaire à lui en payer le prix. Ici l'intérêt de l'agriculture l'emporte sur le droit de propriété. Sans doute, la rigueur du droit voudrait que le fermier pût disposer à son gré des pailles, qui sont une partie de la récolte, et des fumiers qu'il a composés par ses soins et avec les débris de matières végétales et animales qui lui appartiennent. Mais que deviendrait la ferme sans les engrais périodiques? et où s'en procurer dans la plupart des villages, si le fermier sortant n'était exproprié de ceux qui gisent sur la ferme? Il est certain que la plupart des terres resteraient improductives si l'art de l'agriculteur ne réparait par les engrais les déperditions du sol (3). Aussi les cultivateurs ont-ils l'habitude de dire : *Le fumier fait le grain*; et cette vérité, consacrée par l'expérience de tous les temps, respectée dans les ténèbres du moyen âge comme dans les siècles de lumières, avait surtout frappé l'esprit des Romains, ces pères de la science agricole, qui avaient formulé leur confiance dans l'utilité des engrais, par l'érection d'un temple au dieu *Stercutus* (4).

Quant aux pailles, elles sont un approvisionnement nécessaire pour alimenter les bestiaux; elles font aussi la meilleure litière pour les animaux domestiques, qui se plaisent sur leurs couches molles et saines; puis, lorsqu'elles ont été pénétrées de leurs excréments et de leur transpiration, elles se convertissent en fumiers réparateurs et fertilisants. C'est ainsi que, par une heureuse combinaison, les récoltes font les engrais et les engrais font les récoltes.

Toutes ces considérations ont déterminé le législateur à prendre des moyens décisifs pour que la ferme ne fût pas exposée à manquer de ce qui assure ses approvisionnements et sa fécondité. Il a été particulièrement éclairé sur cette nécessité par les observations des cours d'appel de Bourges (5) et de Limoges (6), qui, dans l'intérêt de l'agriculture, réclamèrent avec instance cette mesure prévoyante (7). Au reste, le fermier sortant ne se plaindra pas, puisque d'une part il sera indemnisé par le propriétaire, et que, de l'autre, il trouvera dans sa nouvelle ferme l'équivalent de ce qu'il laisse dans l'ancienne.

783. Tout ce que j'ai dit des pailles s'applique aussi aux autres fourrages (8). De deux choses l'une : ou le fermier les a reçus en entrant, et il doit les laisser à sa sortie; ou il ne les a pas reçus, et les raisons qui ont fait donner au propriétaire le droit de retenir les pailles, sauf indemnité, militent pour les autres fourrages.

784. L'estimation des pailles et fumiers dont le fermier doit être indemnisé, se fait par experts. L'article 1778 l'indique suffisamment. On conçoit, d'ailleurs, que si le prix n'était pas fixé par ce moyen, le fermier pourrait rendre la disposition de la loi inutile, en demandant un prix exagéré (9).

785. Du reste, le propriétaire ne serait astreint à payer aucune indemnité au fermier qui n'aurait pas reçu en entrant les pailles et fumiers, si la convention l'en exemptait.

Le bail est virtuellement censé avoir voulu exonérer le propriétaire de toute indemnité, lorsqu'il porte « que le fermier sera tenu de convertir en fumiers « toutes les pailles de sa récolte. » Par cette clause, on a voulu réserver à la terre toutes les pailles de sa production; et on l'a voulu pour la dernière année comme pour toutes les autres; on n'a rien excepté; on n'a fait aucune différence. Le fermier doit donc se soumettre à cette obligation; et, puisque c'est pour lui un devoir strict et rigoureux, il est évident que le principe d'une indemnité manque d'une manière radicale. Du reste, c'est ce qui a été jugé par arrêt du parlement de Paris du 22 août 1781, rendu sur les conclusions conformes de M. Séguier (10).

786. L'art. 1778 ne parle pas des semences. Elles appartiennent à la ferme quand le fermier les a reçues lors de son entrée. Il doit donc, à son départ, les laisser à son successeur.

Mais, s'il n'en a pas reçu, c'est au nouveau fermier à s'en procurer : celui-ci le pourra toujours sans difficulté.

---

(1) *Supr.*, nos 665 et 666. L. *Fundi*, § 1, D. *De act. empt.*

Le fermier, qui entrant dans une ferme, y trouve des pailles destinées à la fumure, et qui, d'après les clauses du bail, s'oblige à laisser à sa sortie les terres dans l'état où il les a trouvées, doit en sortant y laisser aussi des pailles; et pour ne l'avoir point fait, il est tenu à des dommages-intérêts. (17 floréal an IX, C. de Brux.; Déc. not., t. 1, p. 313.)

Suivant l'usage de la Hesbaye, le colon partiaire a le droit de conserver les pailles pour l'exploitation de la ferme, à l'exclusion du propriétaire. (12 fructidor an XI, C. de Liége; Arr. not., VII, 1, 737.) (*Édit. belge.*)

(2) Pothier, no 190.

(3) Par de riches engrais ranime leur langueur.

(Delille, *Géorg.*, liv. 1.)

Le fermier qui, sur la défense qui lui en a été faite par le propriétaire, n'a point emporté les pailles et engrais lors de sa sortie de la ferme, et qui plus tard a pleinement payé son fermage sans faire aucune réclamation ou réserve de ce chef, ne s'est point par là rendu non recevable à demander contre le propriétaire l'estimation desdites pailles. (2 fév. 1828, C. de Brux.; Jur. XIXe siècle, 1828, 3, 25.) (*Édit. belge.*)

(4) Pline, *Hist. natur.*, liv. 17, c. 6. Dans Homère, on voit le vieux Laërte fumer lui-même son champ. Le roi Augias apprit cet art à la Grèce. Ce qu'on tirait des cloaques de Rome pour en faire des engrais, fut une fois vendu 600,000 écus!

(5) Fenet, t. 3, p. 249.

(6) Id., t. 4, p. 25.

(7) Dans l'ancienne jurisprudence il y avait plus d'hésitation (V. Quest. de droit de M. Merlin, vo *Fumier*, § 2).

(8) *Supr.*, nos 666, 667, et le com. de l'art. précédent. Voyez cependant, sur les foins, ce que j'ai rappelé aux numéros précités.

Le fermier sortant ne jouit d'aucun droit de rétention pour le remboursement des frais de labour, semences et engrais (24 novembre 1837, C. de Gand; Jur. de Belg., 1838, 2, 32). (*Édit. belge.*)

(9) Observ. de la cour de Bourges (Fenet, t. 3, p. 249).

(10) M. Merlin, Quest. de droit, vo *Fumiers*, § 2.

CHAPITRE III.

DU LOUAGE D'OUVRAGE ET D'INDUSTRIE.

ARTICLE 1779.

Il y a trois espèces principales de louage d'ouvrage et d'industrie :

1° Le louage des gens de travail qui s'engagent au service de quelqu'un ;

2° Celui des voituriers, tant par terre que par eau, qui se chargent du transport des personnes et des marchandises ;

3° Celui des entrepreneurs d'ouvrage par suite de devis ou marchés.

SOMMAIRE.

787. **Transition. Idée de ce chapitre. Différence entre le louage des choses et le louage d'ouvrage. Pourquoi le premier a pour sanction la *manus militaris*, pourquoi le second ne peut jamais se résoudre en une exécution corporelle.**
788. Points de contact de ces deux contrats.
789. Comparaison du louage d'ouvrage avec la *vente*.
790. Cas où l'ouvrier fournit la matière sur laquelle s'exerce son travail. Y a-t-il vente ou louage?
791. Comparaison du louage d'ouvrage avec le *mandat*. L'élément qui sépare ces deux contrats, c'est le prix qui est de l'essence du louage, tandis qu'il n'y en a pas dans le mandat.
792. Le mandat ne comporte qu'un honoraire, et pas un prix. Développements donnés par Cujas à cette proposition.
793. Sévérité avec laquelle il traite certains avocats et procureurs de son temps, et pourquoi il les fait descendre au rang de mercenaires.
794. Mobile du louage d'ouvrage. Mobile du mandat. Exposé de la théorie des lois romaines à cet égard. Supériorité admirable de cette théorie sous le rapport philosophique.
795. Preuve que dans le droit romain le prix disparaissant, le contrat cessait d'être louage pour devenir mandat.
796. Comment les jurisconsultes romains ont appliqué leur théorie aux travaux divers qui occupent l'activité humaine :
797. 1° A l'arpenteur. Circonstance particulière des mœurs romaines qui mettait l'art de l'arpenteur en vénération.
798. 2° Aux travaux de l'enseignement.
799. 3° A l'avocat, au médecin, au notaire.
800. 4° Aux professions mécaniques.
801. Résumé.
802. La théorie des lois romaines était admise dans notre ancien droit français. Citation remarquable d'un morceau de Pothier.
803. Application que Pothier fait de cette théorie aux procureurs *ad lites* de l'ancien régime.
804. Aucune de ces règles n'a été ébranlée par le Code civil. Explication de l'art. 1986. Rapprochement des articles 1711 et 1779.
805. Réfutation de l'opinion de M. Duvergier, qui veut que le caractère distinctif du louage et du mandat ne soit pas dans le prix.
806. D'abord il n'est pas exact de dire qu'il y eût divergence sérieuse entre les auteurs anciens sur l'application des principes.
807. De plus, et au fond, l'ancienne jurisprudence ne s'est pas trompée en voulant que les œuvres des arts libéraux soient inestimables.
Dangers de l'industrialisme, branche moderne de la philosophie matérialiste. L'opinion de M. Duvergier en est l'écho et tend à méconnaître l'un des principes de la philosophie spiritualiste. Sagesse et justesse des distinctions entre les professions.
808. Réponse à l'argument que tire M. Duvergier, de ce que les hommes de génie vendent leurs productions. Mais ce n'est pas une raison pour qu'ils se louent.
809. Examen des textes pour repousser la définition que M. Duvergier donne du mandat. Décisions formelles de Caius, de Paul, de Justinien, qui la condamnent.
810. Réponse à l'argument tiré de l'art. 1984 du Code civil.
811. Conclusion.
812. Règles générales et conditions du louage d'ouvrage.
813. 1° *Consentement*.
814. 2° *Prix*.
S'il est trop minime, le contrat devient mandat.
Le prix peut être sous-entendu, ou dépendre de l'usage.
Le prix peut consister en argent ou en denrées.
815. 3° *Un ouvrage à faire*.
816. 4° *Ouvrage possible*.
817. 5° *Ouvrage non défendu par les lois*.
818. 6° *Ouvrage non contraire aux bonnes mœurs*.
Exemples. Convention de bâtir sur un terrain peu solide. — Prostitution et proxénétisme. — Louage de sicaires. — Fabrication de gravures obscènes.
819. Des obligations réciproques engendrées par le contrat de louage de l'ouvrage.
1° De celles du locateur.
820. Le plus souvent le locateur peut se faire remplacer. Conciliation de l'art. 1795 avec l'art. 1237.
821. L'obligation de faire l'ouvrage est indivisible.
822. Se résout en dommages et intérêts.
823. L'ouvrier répond des défectuosités de l'ouvrage, même quand elles proviennent de ses ouvriers.
824. Répond des matériaux qui lui sont confiés.
Du vol qui en est fait chez lui.
825. Suite.
826. De la force majeure. *Renvoi*.
827. 2° Des obligations du locataire.
828. Division du chapitre 3 en trois sections.
Il ne parle pas du *contrat de remplacement au service militaire*.
Détails sur ce contrat devenu très-usuel.
829. Il se gouverne par le droit civil et ne doit pas être confondu avec l'acte administratif. Son caractère, sa définition... Erreur de la cour royale de Lyon.
830. Effet de la désertion du remplaçant.
831. De la désertion après l'année de garantie.
832. C'est à celui qui allègue la désertion à la prouver.
833. Des événements de force majeure qui abrégent la durée du service.
834. Des lois qui forçaient le remplaçant à servir pour son propre compte. Le remplaçant était-il obligé de rendre le prix?

COMMENTAIRE.

787. L'art. 1710 que nous avons ci-dessus analysé (1) nous a donné la définition du louage d'ouvrage. Nous avons vu le législateur considérer le travail de l'homme comme un capital commercial, pouvant servir de sujet à un contrat fort usité et fort célèbre, par lequel le travailleur s'engage à faire quelque chose pour une personne qui s'engage de son côté à lui donner en retour un prix convenu.

Nous avons ajouté que le travailleur s'appelle locateur, et que celui à qui son travail doit profiter s'appelle conducteur ou locataire; écartant ainsi, à l'aide des textes et des discussions qui ont préparé la loi, les controverses qui divisaient l'ancienne jurisprudence.

Maintenant nous devons entrer dans l'exposé des principes qui régissent le louage d'*ouvrage* et d'*industrie;* c'est le nom que le Code civil donne à ce contrat, « qui n'est compris dans le louage proprement dit « que dans un sens très-étendu (2); » car il a des règles particulières et une physionomie qui lui est propre. Tandis que le louage dont nous nous sommes occupés jusqu'à présent n'a pour objet que l'usage des choses matérielles, le louage d'ouvrage s'adresse à l'industrie humaine pour la mettre en valeur. Dès lors, il y a entre ces deux espèces de louage toute la distance qui sépare la matière inanimée de l'activité humaine et de l'intelligence industrieuse. Une seule observation suffira pour en faire mesurer l'étendue: le louage des choses produit une action en délivrance, au bout de laquelle est la voie de la contrainte personnelle (*manus militaris*), pour obliger le locateur à mettre le locataire en jouissance (3). Ici rien de semblable; la liberté humaine ne le permet pas. Le louage d'ouvrage engage dans une certaine mesure la personnalité, le travail, l'intelligence; or, la liberté serait anéantie si l'homme pouvait être poursuivi dans ce domaine inviolable, s'il pouvait être contraint dans ce qu'il a de plus personnel, de plus indépendant, de plus intime. L'inexécution du louage d'ouvrage se résout donc en dommages et intérêts, et la maxime *Nemo postest cogi ad factum* vient protester en faveur de la dignité de celui qui a contracté l'obligation.

C'est pourquoi, si on a pu comparer le louage des choses à une vente (4), à cause de l'objet qu'on livre et du droit de perception des fruits qu'on attribue au conducteur, il est impossible de tomber dans la même confusion pour le louage de services et d'ouvrages; car il se traduit en purs faits; il ne comporte pas une chose externe qui se puisse livrer et qu'on puisse matériellement détenir et appréhender. Cette vérité ressortira tout à l'heure avec plus de clarté (5).

788. Toutefois, malgré cette différence capitale dans le sujet des deux contrats de louage de choses et de louage d'ouvrage, leurs points de contact sont très-nombreux sous d'autres rapports.

L'un et l'autre appartiennent au droit des gens, et sont consensuels, synallagmatiques et commutatifs (6).

Tous deux exigent les trois conditions *res, pretium, consensus* (7).

Enfin dans la plupart des points difficultueux, le louage d'ouvrage emprunte au contrat du louage proprement dit ses principes et ses théories. C'est ce que nous verrons de plus en plus en avançant dans ce travail.

789. Mais avant tout, essayons de mettre le louage d'ouvrage dans tout son relief, en le comparant à deux contrats avec lesquels il a parfois des analogies assez spécieuses, pour qu'on ait hésité sur les traits caractéristiques qui les distinguent. Je veux parler de la vente et du mandat. J'ai déjà montré au n° 787 en quoi le louage de services et d'ouvrage s'éloigne du premier de ces deux contrats: il faut ajouter quelques observations afin de mieux discerner les éléments qui les empêchent de se confondre.

790. Caïus et Justinien nous apprennent que le doute partageait les plus grands jurisconsultes de Rome sur la question suivante (8).

Titius va trouver un joaillier, et le charge de lui faire un certain nombre de bijoux avec de l'or que ce dernier lui fournira, moyennant un certain prix. Y a-t-il vente? ou bien n'est-ce qu'un louage d'ouvrage? Cassius voulait qu'il y eût tout à la fois vente de la matière et louage du travail. Mais une opinion contraire prévalut. Malgré la grande autorité du chef de l'école Cassienne (9), on rejeta cette division des deux opérations, qui mettait deux contrats en un, et on les rattacha à une cause principale et dominante (*unum esse negotium*) (10), c'est à savoir, à une vente des bijoux formés avec la matière appartenant à l'ouvrier (11).

Mais supposons que Titius porte à l'orfèvre son or pour le façonner, ce sera un louage d'ouvrage pur et simple (12). Il en est de même dans la plupart des cas où l'ouvrier applique son industrie sur la matière appartenant à autrui (13).

791. On aperçoit par là les différences que l'esprit d'investigation nuance entre la vente et le louage d'ouvrage. Nous en trouverons d'autres en commentant l'art. 1787, et nous compléterons ces idées par

(1) N° 63.
(2) Projet d'art. 1711 (Fenet, t. 14, p. 217, art. 4, *in fine*); art. 4 du projet, Locré, t. 7, p. 153.
(3) *Suprà*, n° 172.
(4) *Suprà*, nos 21 et 22, et la citation de Festus.
(5) *Infrà*, n° 790.
(6) Pothier, n° 393.
(7) Ibid., n° 394.
(8) Caïus, Inst., lib. 3, c. 147; l. 2, § 1, D. *Loc. cond.* Justinien, *Inst. de Loc. cond.*, § 4.
(9) Pline le Jeune (Epist. lib. 7, c. 24).
(10) L. 2, § 1, D. *Loc. cond.*
(11) Favre, *Rat. ad Pand.* sur la loi 2, § 1, D. *Loc. cond.*
(12) Caïus et Justinien, *loc. cit.*
(13) Favre (*loc. cit.*).

de nouveaux aperçus (1). Pour le moment nous devons nous borner à ces premières indications.

Mais les différences qui existent entre ce dernier contrat et le mandat sont plus difficiles à saisir.

On a vu plus haut la définition du louage d'ouvrage (art. 1710), dont l'élément est l'obligation de *faire quelque chose pour autrui*.

Le mandat aussi contient une obligation de cette nature : car l'art. 1784 le définit : « Un acte par lequel « une personne donne à une autre *le pouvoir de faire* « *quelque chose pour le mandant et en son nom*. »

Ainsi, de part et d'autre, nous trouvons une partie qui met son travail au service de l'autre : en quoi cependant le mandataire diffère-t-il de celui qui engage son industrie?

En un point capital aux yeux du jurisconsulte Paul (2); en ce que le mandataire ne reçoit pas de salaire, tandis que le locateur d'ouvrage en reçoit un; d'où il suit que telle convention qui ne serait qu'un mandat, si elle était gratuite, devient un contrat de louage si elle a un prix pour condition.

« *Mandatum nisi gratuitum nullum est; nam ori-* « *ginem ex officio atque amicitiâ trahit* (3). *Contra-* « *rium porrò est officio, merces.*

« *Interveniente enim pecuniâ, res ad locationem* « *et conductionem potiùs respicit.* »

Ainsi voilà la ligne de démarcation bien tracée par ce texte de Paul. Le prix fait la différence entre l'un et l'autre contrat. C'est aussi le sentiment de Caïus (4) et la décision de Justinien dans les *Institutes* (5).

792. Il est vrai que le mandataire peut recevoir un honoraire; son travail peut être récompensé (6); mais ce n'est pas là un prix; ce n'est pas ce que les lois romaines appellent *merces*.

Laissons parler Cujas (7). Il va mettre en lumière cette importante distinction.

« Nec procurator locat suas operas, quamvis salarius sit et esse possit. *Mandatum recipit sala-* « *rium, quod procuratori præbeatur. Recipit hono-* « *rarium, et peracto mandato, remunerationem.* « MERCEDEM, id est, PRETIUM OPERÆ, NON RECIPIT. Hæc « sunt notissima. »

Ces notions sont vulgaires, dit-il! Cependant il les reproduit avec de plus amples développements, dans son Commentaire des réponses de Papinien (8) : suivons-le sur ce terrain.

« Salarium non esse mercedem, sed honorarium « sive honorem; alioquin salariarius non esset pro- « curator, quia procurator constituitur per mandatum « et mandatum nisi gratuitum, nullum; nam originem « ex officio et amicitiâ trahit; hominum autem caritas « et amicitia gratuita est; *contraria officio, contraria* « *amicitiæ merces.* »

Le salaire (je traduis) n'est pas un prix, mais un honoraire (9). Autrement le procureur ne pourrait pas être salarié (10), puisque le mandat qui fait les procureurs doit être gratuit. Et pourquoi donc doit-il être gratuit? Parce qu'il prend son origine dans l'amitié, et que l'amitié ne peut être payée par un prix.

Puis notre jurisconsulte ajoute :

« Hinc manifestum est quàm distat officium procu- « ratoris ab officio advocatorum, quia, ut Seneca ait « in Hercule furente : *Clamosi rabiosa fori jurgia ven-* « *dunt, iras et verba locant.* Nec ducuntur amicitiâ ut « procuratores, sed quæstu. Non loquor de procura- « toribus *hujus temporis*, rapacissimo hominum ge- « nere; sed de amicis, qui, nobis absentibus, rogatu « nostro, libenter suscipiunt defensionem litium nos- « trarum, et nobis suam operam accommodant; « officium advocati non est amici officium, sed procu- « ratoris; et sic vocatur à M. Tullio *amicus volunta-* « *rius*; et negotiorum gestor sine mandato, procu- « ratori est ac similis. *Locatio est si interveniat* « *merces et pretium operæ.* Locatio non, si interve- « niat modicum salarium, honoris gratiâ (11). Sed, « quod interveniat salarium, honorarium, non ideò « minùs est mandatum... Salarium tenue esse solet « atque modicum, honoris gratiâ cum detur. Exi- « guum est semper quod defertur tantùm honoris « ergò. »

Par là, on voit (je continue à traduire) combien le ministère des procureurs diffère de l'office des avocats; car ceux-ci, comme le dit Sénèque le tragique, vendent leurs bruyantes et injurieuses déclamations, et louent leurs paroles et leurs colères! Ils ne se laissent pas diriger par un sentiment d'affection, comme les procureurs, mais par l'appât du gain. Et quand je parle des procureurs, ce n'est pas de ceux de notre temps, espèce d'hommes la plus rapace qu'il y ait au monde! mais des amis qui, en notre absence et sur nos prières, nous prêtent leur défense et leur appui; l'office de l'avocat n'est pas un office d'ami. Celui du procureur est un ministère amical! Voilà pourquoi Cicéron l'appelle un ami volontaire. Mais s'il intervient un prix pour son travail, c'est un louage d'ouvrage. Du reste, ne confondons pas le prix avec l'honoraire. L'honoraire n'enlève pas au mandat son caractère; mais il faut qu'il soit modique. La récompense donnée à titre de rémunération honorifique doit être exiguë!

Ainsi parle Cujas, et voyez comme il est imbu de l'esprit des lois romaines, de leurs distinctions fines et délicates, et de cette littérature classique qui lui fournit des applications si heureuses, des exemples qui frappent si juste.

793. Pour le dire en passant, Cujas parle sévèrement des avocats et des procureurs de son temps, et un auteur moderne, faute d'avoir connu le motif de cette sévérité, lui reproche ce langage comme trop voisin de l'aigreur et de l'injure (12).

Ce n'est pas la seule fois que Cujas a fait entendre ses plaintes sur le compte des avocats. Sa consultation trente-troisième exprime plus énergiquement encore le fond de sa pensée; mais elle est surtout précieuse en ce qu'elle nous apprend la cause de ses réprimandes. « Sæpè me *adierunt advocati fori, malè aut pa-* « *rùm in jure versati*, qui ut, in tragœdiis legitimis,

(1) *Infrà*, n°s 962, 963.

(2) L. 1, § 4, D. *Mand. vel cont.*

(3) Ces paroles de Paul ont rappelé à Cujas ce passage de Cicé- « ron : *Qui mandatum violat, amicitiam violat; nec enim* « *mandat quisquam ferè, nisi amico* » (Pro Roscio Amerino).

(4) *Inst.*, lib. 3, c. 162.

(5) *Mandati*, § 13.

(6) Si remunerandi gratiâ honor intervenit, erit mandati actio. (Ulpien, l. 6, D. *Mand.*) *Junge*, l. 7, D. *Mand.* Papin., lib. 3, *Respons.*

(7) Sur le liv. 32, *Pauli ad edict.*, l. 1, D. *Mand.*

(8) Lib. 3, sur la loi 7, *Mand.*

(9) Sur le sens de ce mot qui, bien différent de celui qu'il a chez nous, indiquait la récompense due aux professions et aux arts libéraux, voyez Brisson (*De verb. signif.*, v° SALARIUM).

(10) Et la loi 10, § 9, D., *Mand.*, reconnaît qu'il peut l'être et elle l'appelle alors *Salariarius*.

(11) L. 1, D. *Si mensor fals. mod.*

(12) M. Duvergier, t. 2, p. 310, 311; t. 2, n° 271.

« *clamosi rabiosa*, etc., etc.; et *adierunt per con-*
« *temptum, atque ità comparati ut quidquid, inter-*
« *rogantibus illis, responderem de jure, rejicerent*
« *atque damnarent, prolatis sylvescentibus in ore*
« *eorum consiliis, opinionibus, decisionibus docto-*
« *rum innumeris*, quos ego non minùs quàm ipsi
« contrà quem existimabant, multà nimis diuturnâ-
« que lectione triveram, adolescentiâ penè omni meâ
« in eâ re consumptâ malè; ac proindè meliùs quàm
« ipsi noveram quàm minimâ quàmve maximâ de-
« cisiones illæ juris prudentiâ constarent; et vix un-
« quam accidit quin quæ illi scriptis doctorum pro-
« dita affirmabant, ego in medium prolatis eorum
« libris, vera præsentibus convincerem aut non esse
« aut aliter esse prodita. »

« J'ai été souvent consulté, dit notre grand juris-consulte, par des avocats du barreau, peu ou point versés dans la science du droit, mais bavards, et donnant un bruyant essor à leurs déclamations gagées. Ces hommes me consultaient par mépris et avec le dessein formé d'avance de rejeter et condamner toutes mes réponses sur le droit. Pour y parvenir, ils m'opposaient un déluge de consultations, d'opinions, de décisions des docteurs que je connais aussi bien qu'eux; car j'ai passé ma jeunesse à les étudier avec une diligence trop grande peut-être pour le fruit qu'on en retire! Et certes je sais mieux que ces hommes ce qu'il y a de bon et de mauvais dans ces décisions. Or donc, il est rarement arrivé que lorsqu'ils citaient l'opinion d'un docteur, prenant le livre dans ma bibliothèque, je ne les aie convaincus ou de n'en pas comprendre le sens ou de l'altérer. »

Voilà ce qui avait blessé cette âme fière et pleine de sa force! et l'on s'étonnerait que le grand homme eût relevé la tête! L'on voudrait que du haut de la science pure il n'eût pas jeté un regard de dédain, lui que le barreau praticien ne voulait pas comprendre, sur l'étalage d'un savoir mensonger, sur la phraséologie intéressée du *forum!* Mais croyez-vous qu'au fond il n'eût pas pour les avocats dignes de ce nom l'estime qui leur appartient? Lisez donc ce qu'il dit de son ami Loisel : *Vir juris scientissimus et mihi summus amicus* (1).

794. Mais revenons.

Le louage, disons-nous, contient toujours un prix qui est un équivalent du travail fourni. *Quæ pro exæquatione et compensatione laboris constituitur*, dit Brunemann (2).

Au contraire, le mandat est gratuit; il ne cesse pas d'être tel lorsqu'un honoraire vient récompenser un office inestimable; et de même qu'une donation rémunératoire ne laisse pas d'être une donation, de même un mandat avec rémunération reste toujours un mandat (3).

Ceci posé, on aperçoit sur-le-champ la différence qui existe entre le travail promis par le contrat de louage et le travail promis par le mandat. Le premier est de ceux qu'on paye avec de l'argent. Le second est de ceux dont l'argent ne peut pas offrir l'équivalent; car le mobile qui l'a produit est plus noble et plus haut placé que tout l'or des capitalistes.

Telle est la théorie du droit romain et de ses interprètes. Théorie juste et profonde; car elle prend sa source dans un départ délicat entre deux des grands mobiles auxquels obéit l'humanité, à savoir, l'intérêt et la sympathie; théorie admirable, surtout, parce qu'elle tient compte des vertus désintéressées que la philosophie spiritualiste aperçoit dans le cœur de l'homme!

795. Il suit de là, que l'indice le plus apparent de la différence qu'il y a entre le louage d'ouvrage et le mandat, c'est l'existence du prix; de telle sorte que, le prix disparaissant, le louage devient mandat; tandis que, par l'addition d'un prix, le mandat devient louage.

Les lois romaines nous donnent des exemples de cette vérité.

Pierre donne un habit à faire à son tailleur, moyennant un prix; c'est un contrat de louage. Mais ôtez le prix et supposez que cet ouvrier travaille pour Pierre dans un pur esprit d'obligeance, il n'y a plus qu'un mandat; et toute idée de louage disparaît (4).

796. Restait à appliquer ces principes aux travaux divers par lesquels chaque homme exerce son aptitude et se met par elle en communication avec ses semblables. Ce pas était glissant; il fallait tenir compte soit de l'opinion, qui relève ou rabaisse tel travail, soit de la différence que la nature a mise entre l'adresse des mains et la puissance de l'esprit, entre l'œuvre mécanique et l'œuvre intellectuelle, entre les professions qui cultivent le moral de l'homme et celles qui ne s'adressent qu'à la matière!

Voyons encore quels exemples nous donnent les lois romaines et leurs interprètes.

797. 1° Un arpenteur s'est trompé dans le mesurage qu'il a fait de mes terres. N'aurai-je pas contre lui l'action *locati conducti?* car il semble qu'il m'ait loué son travail. Eh bien! non, répond Ulpien. Nos aïeux n'ont pas voulu qu'une telle profession fût envisagée du point de vue d'un louage d'ouvrage. C'est un honoraire et non pas un prix que reçoit l'arpenteur, et son travail est un service (*beneficii loco*) qu'il rend à vous et à l'agriculture (5).

On trouve dans cette décision un trait caractéristique du génie romain, si plein de vénération et de respect pour tout ce qui tenait à la propriété foncière et à l'agriculture. L'*agrimensor* était à Rome une espèce de fonctionnaire public de la propriété; ses fonctions se liaient à l'organisation même de cette base de la société romaine. « Les fonctions des *Agrimensores*,
« dit M. Niebuhr (6), consistaient à mesurer et à par-
« tager les territoires dont on avait résolu l'assignation
« (on en déposait un plan dans les archives impéria-
« les et un autre dans celles de la colonie) : ils mesu-
« raient et cadastraient pour l'État les terres non
« limitées régulièrement. Pour le propriétaire, ils
« étaient géomètres, conservaient ou retrouvaient les
« limites du *fundus* assigné. Ils marquaient les limi-
« tes sur les terres indivises; et, à l'aide de dessins
« et de signes particuliers, ils connaissaient tout
« changement illégal. Il fallait aussi qu'ils fussent in-
« struits du droit en ce qui concerne les contestations
« qui pouvaient s'élever pour les propriétés rurales;
« car tantôt ils décidaient avec un pouvoir entière-
« ment judiciaire, tantôt ils étaient choisis pour ex-
« perts à raison de leurs connaissances.

« A l'époque de la décadence de l'empire, ils for-
« maient une *classe nombreuse et respectable*, et

(1) *Observat.*, lib. 7, c. 26.

(2) Sur la loi 6, D. *Mand.* Vinnius disait : « Honorarium à « mercede differt, quod merces ferè sit analoga operæ, seu ità « constituatur ut æstimationi operæ proportione respondeat » (sur les Inst. *Mand.*, § 13).

(3) Brunemann, *loc. cit.*

(4) Caius, l. 22, D. *Præscript. verb.*, et dans ses Inst., III, 162. Justinien, *Inst.*, Loc. cond., § 13.

(5) L. 1, D. *Si mensor falsum.*

(6) *Histoire romaine*, t. 4, p. 444, 445.

« Théodose le jeune leur concéda le titre et le rang « de *spectabiles*. Leurs travaux furent récompensés « par l'État, qui leur assigna un salaire convenable. « Non moins que les jurisconsultes, ils avaient ouvert « des écoles régulières, et les étudiants même étaient « qualifiés de *clarissimi*. »

798. 2° Que doit-on décider de celui qui se livre à un enseignement ?

Ulpien parle de l'artisan qui, moyennant un prix, enseigne sa profession à un apprenti. Il n'hésite pas à décider qu'il y a là louage d'ouvrage (1).

S'occupant ailleurs d'un enseignement plus relevé, mais adressé à un esclave, il donne au contrat le même caractère (2).

Mais si le professeur eût donné ses leçons à des hommes libres, se chargeant de les initier aux études libérales, Ulpien aurait-il porté le même jugement? Non sans doute! et la loi 1 de *Extraord. cognit.* au D. en fait foi. Cette loi ne donne aux professeurs de belles-lettres, de géométrie, de rhétorique, de grammaire, qu'une action extraordinaire, incompatible avec l'idée d'un contrat de louage. Bien plus! elle refuse tout recours, même extraordinaire, aux philosophes, lesquels, par la nature de leur profession, doivent mépriser toute richesse. Elle n'est pas moins sévère à l'égard des professeurs de droit qui, par la dignité et la sainteté de leur ministère, peuvent bien accepter des *minervalia*, mais non pas en exiger (3).

Pourquoi donc Cujas semble-t-il voir quelque part un louage d'ouvrage dans l'enseignement du droit par un professeur? C'est que, contre l'habitude, le professeur dont il parle avait stipulé un prix : *Et juris professor, si ad docendum suas operas exhibeat*, AC DE MERCEDE PACISCATUR, *locator est*, *discipuli sunt conductores* (4)! Notez bien le mot *mercede;* on sait le sens que notre jurisconsulte y attache.

Ainsi c'est le prix stipulé qui pour Cujas est caractéristique, et fait ranger les leçons du professeur dans la classe des travaux qui se louent.

799. 3° Mais que dirons-nous de l'avocat, du médecin, du notaire?

Paul parle de l'avocat en même temps que du locateur d'ouvrage « *Qui operas suas locavit*, totius temporis mercedem accipere debet, si per eum non « steterit, quominùs operas præstaret. *Advocati* « *quoque* si per eos non steterit, quominùs causam « agant, *honoraria reddere non solent* (5). »

Peut-être pourra-t-on dire avec quelque couleur apparente, qu'aux yeux de Paul il n'y a pas une grande distance entre celui qui loue son travail et l'avocat qui vient là comme exemple à l'appui de sa doctrine sur la force majeure appliquée au louage d'industrie.

Toutefois le mot *honorarium* dont se sert le jurisconsulte ébranle cette interprétation, et montre qu'il n'a fait que donner une analogie plutôt qu'une similitude.

Quoi qu'il en soit, les interprètes du droit romain nous font nettement connaître la position que l'on devait donner à l'avocat; malgré quelques apparences, il n'est pas difficile de les mettre d'accord. En effet, nous avons vu ce qu'en pensait le sévère Cujas, dans ses boutades d'indignation pour le charlatanisme de parole et de science des praticiens de son temps. Mais c'était là un point de vue relatif. Le grand homme, qui ne travaillait que pour la science, se montrait impitoyable à l'égard de ceux qu'il voyait travailler pour de l'argent! Mais Bartole, examinant la question d'un point de vue général, élevait avec raison le rôle de l'avocat au rang des plus nobles professions libérales, et il ne voulait pas qu'on en fît un locateur d'ouvrage.

Il portait le même jugement des médecins et professeurs.

« Nota quod in istis qui exhibent operas suas quæ « consistunt in artificio, *vel aliquâ arte liberali vel* « *scientiâ, non dicitur locatio et conductio*, sed magis « dicitur præberi opera, BENEFICII CAUSA. Undè inter « ADVOCATUM *et clientulum*, MEDICUM *et infirmos*, DOCTORES *et scholares non potest dici locatio* (6). »

Cette doctrine trouvait une pleine justification dans la loi 1 au D. de *Extraord. cognit.* Ulpien passe en revue dans ce texte les professions libérales, dont quelques-unes lui inspirent un saint respect; par exemple l'enseignement du droit (7), l'enseignement de la philosophie (8); puis il parle des avocats (9), des médecins (10), des notaires, et il leur donne une action extraordinaire devant le président de la province, pourvu que les honoraires qu'ils demandent n'excèdent pas de justes bornes; « *dummodo licitum honorarium quantitas non egrediatur* (11). » Pourquoi une action extraordinaire? C'est que n'étant pas locateurs d'ouvrage, l'action *locati* leur manque; c'est que leur droit à un honoraire, alors même qu'il est réglé par une convention, sort des règles ordinaires du droit, et prend plutôt son principe dans l'équité ou dans un devoir de reconnaissance!

800. 4° Quant aux professions mécaniques et à celles qui n'ont rien de littéraire ou de libéral, elles restent dans le droit commun (12). Le prix dû à l'ouvrier ne peut être réclamé par lui que par l'action *locati*. Sans doute entre les artisans et ouvriers qui exercent ces professions, il y a des différences de talent naturel, d'adresse, d'application, de savoir-faire (13). Mais tous sont placés sur la même ligne, eu égard à l'objet sur lequel s'exerce leur aptitude (14).

801. On peut maintenant se faire une idée complète du système du droit romain et de ses interprètes. Ce système est parfaitement homogène et rationnel. Il gravite sur cette idée, que le prix est la condition nécessaire du louage d'ouvrage; qu'ainsi tout travail gratuit, ou même tout travail libéral, et par conséquent inestimable, ne saurait donner lieu à un contrat de louage d'ouvrage; que c'est dans le mandat seul qu'il faut aller chercher, dans ce dernier cas, la règle de la position des parties.

802. Ce système était passé tout entier dans notre

(1) L. 13, § 4, D. *Loc. cond.*, et l. 5, § 7, D. *Ad leg. aquil.*

(2) L. 13, § 3 : *Si quis servum docendum conduxerit.*

(3) L. 1, §§ 4 et 5. V. Pothier, *Pand.*, t. 3, p. 630, note (*b*), la manière dont les professeurs de droit recevaient leurs honoraires des élèves.

(4) Observat., lib. 2, c. 27. *Suprà*, n° 64.

(5) L. 38, D. *Loc. cond.*

(6) Sur la loi 1, D. *Si mensor.*

(7) *Ut quidem res sanctissima, civilis sapientia*, l. 1, § 16.

(8) *Religiosa res est.* l. 1, § 4.

(9) L. 1, §§ 10, 11, 12.

(10) L. 1, § 1.

(11) L. 1, § 10.

(12) L. 1, § 7.

(13) Ulpien, l. 31. D. *De solutionibus.*

(14) Le peintre qui peint un tableau (*tabula*) est mis au rang des locateurs par la loi 5, § 2, D. *Præscript. verbis;* probablement que ce n'était pas un Zeuxis. Pothier met aussi le peintre qui *fait des tableaux satiriques* dans la même catégorie (n° 396). Mais *quid* du peintre d'histoire?

ancienne jurisprudence. Il était bien connu avant Pothier. Mais ce jurisconsulte l'a formulé avec la précision et la netteté qui caractérisent son esprit (1). « Il « y a certains services pour lesquels, quoiqu'ils dépen- « dent d'une profession libérale et qu'*en conséquence* « *ils appartiennent au contrat de mandat plutôt qu'au* « *contrat de louage*, ceux qui les ont rendus sont reçus « en justice à en demander la récompense ordinaire.

« Tels sont les services que rendent dans leur pro- « fession les médecins, les grammairiens, les maîtres « de philosophie ou de mathématiques.

« L'action qu'ont ces personnes pour demander une « récompense de ces services n'est pas l'action *ex lo-* « *cato*, c'est *persecutio extraordinaria : car* CETTE RÉ- « COMPENSE N'EST PAS UN LOYER ; ce n'est pas un prix de « leurs services qui sont inestimables de leur nature ; « elle se règle sur ce qu'il est d'usage le plus commu- « nément de donner pour ces services, *dans le lieu* « *où ces personnes exercent leur profession.*

« Cette action est fondée sur ce qu'il est de la jus- « tice et de l'intérêt public que les personnes qui se « dévouent à ces professions trouvent, dans l'exercice « qu'ils en font, de quoi subvenir à leurs besoins, et « de quoi élever leurs familles. C'est pourquoi, lors- « qu'il se trouve des gens assez ingrats pour leur re- « fuser la récompense ordinaire, la justice vient à « leur secours, et leur donne une action pour l'exi- « ger. »

Puis Pothier insiste sur cette nuance très-remarquable entre ce qu'on appelle *prix* et l'honoraire de ces professions (2).

« Observez la différence entre les récompenses et « le loyer d'un service. Lorsque j'ai payé ce loyer, « je suis entièrement quitte envers celui qui me l'a « rendu; je ne lui dois ni remercîments ni recon- « naissance. Mais quoique j'aie payé la récompense « qui est due par l'usage pour des services qui dé- « pendent d'une profession libérale, tels que sont « ceux d'un médecin, cette récompense que j'ai « payée, n'étant pas le prix de ces services qui sont « inestimables, elle ne m'acquitte pas envers celui « qui me les a rendus, de la reconnaissance que je « lui dois pour ces services.

« On peut aussi devoir de la reconnaissance à des « personnes qui nous ont rendu des services appré- « ciables à prix d'argent dont nous avons payé le « loyer; tels sont ceux qui nous ont été rendus par « des domestiques et des serviteurs qui ont été long- « temps à notre service. Mais *la reconnaissance qui* « *est due à ces personnes ne leur est pas tant due* « *pour leurs services que pour l'affection* avec laquelle « ils nous les ont rendus, et pour l'attachement qu'ils « ont témoigné avoir pour notre personne; au lieu « que la reconnaissance que je dois à un médecin ou « autre semblable personne est due pour leurs servi- « ces considérés en eux-mêmes, *in se*, lesquels ne « peuvent pas être censés payés par la récompense « ordinaire que j'ai donnée, cette récompense n'étant « pas le prix de services qui sont de leur nature inesti- « mables. »

Assurément on ne saurait mieux dire, et je ne crois pas qu'il soit possible de trouver un morceau plus remarquable par la finesse des aperçus et la justesse des appréciations.

803. Enfin Pothier examine ailleurs (3) la position des procureurs *ad lites*; il rappelle l'opinion de Coquille (4), qui les classe parmi les locateurs d'ouvrage, à raison du salaire attaché à leurs services; mais il établit que l'opinion contraire *a prévalu*, et que ce qu'ils reçoivent n'est pas considéré comme un loyer, mais comme une rémunération qui tient de la nature de celles qu'ont droit d'exiger ceux qui exercent des arts libéraux pour les services qu'ils rendent dans leurs professions.

804. Maintenant il ne nous reste plus qu'à examiner si ces principes ont été ébranlés par le Code civil. Jusqu'à ces derniers temps, la négative avait été tenue pour constante; M. Merlin avait soutenu devant la cour de cassation cette belle doctrine de Pothier; il démontrait que le notaire à qui des honoraires sont dus, et qui les réclame en justice, n'est pas un locateur d'ouvrage, mais un véritable mandataire, d'après l'art. 1986 du Code civil, et malgré quelques expressions ambiguës de l'article 1784 qui donne une définition imparfaite du mandat; et cette opinion fut explicitement consacrée par un arrêt de la cour de cassation du 27 juillet 1812, dont l'autorité est d'autant plus grande qu'il casse un arrêt de la cour de Paris qui s'était écarté de ces notions (5).

Voyez, en effet, la large portée de l'art. 1986! Si, d'une part, il suppose, en thèse générale, que le mandat est gratuit; d'un autre côté, il admet que la convention peut y ajouter une récompense pécuniaire, sans qu'il cesse d'être mandat. Donc, tout travail qui trouve son indemnité dans une rétribution en argent ne rentre pas nécessairement dans le domaine du contrat de louage; donc il y a une distinction à faire entre les divers travaux dont s'occupe l'activité humaine, et cette distinction n'est autre que celle que la jurisprudence de tous les temps a enseignée entre les arts mécaniques et les arts libéraux, entre les travaux qu'on paye par un loyer et ceux qu'on encourage par des honoraires! Sinon il faudrait dire que l'art. 1986 aurait tout brouillé et confondu, et qu'en croyant parler d'une variété du mandat, il n'aurait fait qu'un supplément au louage d'industrie!

D'un autre côté, les art. 1711 et 1779 indiquent suffisamment qu'ils ont entendu renfermer le cercle du louage d'ouvrage dans la catégorie des travaux étrangers aux arts libéraux, laissant au mandat le soin de régler les conventions qui interviennent sur cette dernière espèce de travaux. En effet, l'art. 1711 appelle *loyer* tout louage *de travail ou de service*, et assurément ce serait déshonorer la langue et forcer le sens que tout le monde attache à ce mot, que de l'appliquer au peintre qui fait un chef-d'œuvre, ou au médecin qui sauve la vie d'un malade. Enfin, l'art. 1779, qui énumère les *principales espèces* de louage d'ouvrage, parle-t-il des travaux de l'intelligence, de ces arts sublimes qui élèvent l'imagination, et vont enivrer ou remuer notre cœur par leurs divines émotions? Eh, mon Dieu! il ne nous entretient que : 1° du louage des gens de travail et des serviteurs à gages; 2° du louage des voituriers; 3° du louage des entrepreneurs d'ouvrage!

805. Voilà donc la pensée du Code civil! voilà ce que décident ses textes et ce que tout le monde a vu dans l'ensemble de ses dispositions (6). M. Duvergier

(1) *Mandat.*, n°s 26 et suiv.
(2) N° 27.
(3) N° 125.
(4) Quæst. 197.
(5) Répert., v° *Notaire*, § 6, n° IV.

(6) MM. Championnière et Rigaud le reconnaissent formellement et ils n'essayent pas d'y voir autre chose; ils blâment même sévèrement la régie d'avoir voulu s'en écarter (*Traité des droits d'enregistr.*, t. 2, n°s 1479 et suiv.); seulement, ils pensent que, rationnellement, cette théorie n'est pas exempte de repro-

seul, à ma connaissance, entre tous ceux qui ont cherché à interpréter le Code dans un esprit désintéressé, s'est élevé contre cette théorie, qu'il déclare convaincue de faiblesse et contraire à la raison (1). Mais je crains bien que M. Duvergier, quelle que soit l'habileté de ses déductions, n'ait fait que nous donner la qualification qui convient à sa critique. Je dois la réfuter avec quelque soin, parce qu'elle a trouvé des apologistes dans les judicieux annotateurs de M. Zachariæ (2).

Suivant M. Duvergier, tout le monde s'est trompé jusqu'à ce jour, lois romaines, interprètes, cour de cassation, etc., etc. Le caractère distinctif du louage d'ouvrage et du mandat n'est ni dans le prix ni dans la nature du travail. Un mandat peut stipuler un prix mercenaire, sans pour cela devenir contrat de louage. Le portefaix que j'envoie à la malle-poste, moyennant 3 francs, pour porter mes effets et les faire inscrire sur la feuille en mon nom, est un mandataire aussi bien que l'avoué qui me représente dans la difficile direction d'un procès. De son côté, le louage peut embrasser dans son étendue les œuvres les plus basses de la main de l'homme, comme les productions les plus élevées de son génie. Michelet, dans ses éloquentes leçons d'histoire; Broussais, dans sa savante pratique médicale, louent leur travail comme l'employé misérable de Montfaucon. La seule chose qui sépare le mandat du louage, c'est que le mandat n'est qu'un pouvoir de représenter le mandant, une transmission de la capacité de ce dernier, afin de l'obliger envers les tiers et de parler et d'agir en son nom! tandis que dans le louage il n'en est pas ainsi. Le locateur d'ouvrage agit en son nom; il use de sa capacité personnelle, il ne représente personne que lui-même.

M. Duvergier fortifie ce système par des considérations tirées de la fausseté des préjugés qui ont fait admettre jusqu'à ce jour que le travail mécanique est seul susceptible d'évaluation. Il se prévaut enfin des contradictions qui existent entre les jurisconsultes, sur la qualification à donner à tel ou tel contrat, qui a pour objet des travaux à faire. Celui-ci voit un louage d'ouvrage dans la profession d'avocat, tandis que celui-là n'y voit qu'un mandat. Coquille voulait que le *procureur ad lites* fût un locateur d'ouvrage; Pothier en fait un mandataire. Cujas ramène au louage d'ouvrage les leçons d'un professeur de droit; le plus grand nombre n'y voit que l'exercice d'un mandat. Pourquoi ces divergences? C'est que la boussole qui dirige et Cujas et Pothier et tous les autres, est mauvaise. Mais qu'on adopte la nouvelle doctrine sur le mandat et le louage, et l'unanimité renaîtra parmi les jurisconsultes!

806. Un mot, avant tout, sur ce prétendu tiraillement d'opinions qui inquiète M. Duvergier. Que, dans une boutade d'indignation, Cujas ait rabaissé les professions de l'avocat et du procureur jusqu'à un métier mercenaire, c'est une manière de voir qui peut avoir été justifiée par quelques exemples d'exaction et de rapacité. C'est une susceptibilité louable pour l'honneur d'un corps qui tient à la justice par des liens si intimes, qu'il doit rester irréprochable comme elle! Mais on conviendra que le sentiment de Cujas avait peu fait de prosélytes en dehors du théâtre qu'il avait sous les yeux; l'ordre des avocats s'était presque placé à la hauteur de la magistrature, tant ses vertus héréditaires lui avaient attiré de vénération et d'estime. Et quant aux procureurs, Pothier nous apprend que personne ne cherchait plus à leur enlever le caractère de mandataires; leur nom d'ailleurs ne prouve-t-il pas de quel point de vue leur ministère était envisagé?

Enfin, ce que Cujas a dit du professeur de droit n'est qu'un jugement porté sur un cas particulier. Il s'agissait d'un professeur qui avait stipulé un loyer, un prix (3).

Après tout, et c'est ce qui importe, Cujas n'hésite pas et n'a jamais hésité sur le principe distinctif du louage et du mandat. Si quelques professions que l'opinion publique a élevées ont été dédaignées par lui, c'est un point de vue particulier qui n'ébranle en rien le mérite d'une théorie dont il était plus imbu que personne.

807. Voyons maintenant s'il est vrai que l'ancienne jurisprudence se soit trompée en voulant que les œuvres des arts libéraux soient inestimables.

Ici notre question s'élève à une grande hauteur; elle touche aux principes les plus essentiels de la philosophie sociale.

Le matérialisme vaincu de bien des côtés, et chancelant dans les convictions, cherche à faire sa rentrée dans la société par l'industrialisme.

Si de l'industrialisme il pouvait passer dans la partie du droit qui règle les professions industrielles, la conquête serait immense. L'école utilitaire l'a tentée, et M. Duvergier a été, peut-être à son insu et malgré la sagesse habituelle de ses opinions, l'un de ses auxiliaires. Mais j'espère que ses efforts resteront infructueux.

L'industrialisme, branche moderne de la philosophie matérialiste, est l'exagération d'une chose excellente en soi, c'est-à-dire, de l'élément industriel. Dans son fanatisme pour la production, il ne voit que des résultats appréciables en argent et ne considère l'homme que comme une machine organisée pour produire. Que l'ouvrage de l'homme soit une pensée, qu'il soit une œuvre mécanique, il n'importe; tout provient d'une même source, d'un organisme matériel dont les produits ne sauraient être que matériels. Dans ce système, *Athalie* n'est qu'une sécrétion du cerveau. Le génie divin qui inspira à Homère ses chants épiques, est quelque chose d'un degré inférieur au procédé ingénieux qui fait le calicot et une pièce de toile peinte. L'artiste est un spéculateur, le poëte un commerçant. Le génie littéraire doit prendre patente, et passer après la banque, car il rapporte moins.

Cette donnée philosophique m'a toujours inspiré un profond dégoût; car elle rattache tous les mobiles de l'homme à l'intérêt. Elle mutile l'humanité en lui enlevant ce qu'elle a de noble et de grand, à savoir, le dévouement, la sympathie. Quand (ce qu'à Dieu ne plaise) elle aura conquis la société, notre question sera tranchée; il faudra placer le cuisinier, le parfumeur, et tous ceux qui, par l'appât du gain, ont mis leur art au service de nos plaisirs physiques, *et cæteros voluptatibus nostris ingenia accommodantes* (4), sur la même ligne que le philosophe qui se dévoue en

ches. Mais on verra plus tard si la loi ne doit pas être tout à fait absoute.

(1) T. 2, n°s 169 et 270.

(2) T. 3, p. 34, note 1. M. Zachariæ lui-même paraît l'avoir adoptée, t. 3, p. 34, probablement d'après l'influence des idées allemandes. En effet, le Code autrichien fait brutalement des avocats, médecins, artistes, etc., des locateurs d'ouvrage (art. 1163. V. la *Conf. des Codes*, par M. de Saint-Joseph). Mais il me semble que c'est là quelque chose d'aussi choquant pour nos susceptibilités nationales que la discipline militaire à coups de bâton.

(3) *Suprà*, n° 798.

(4) Sénèque, *Lettre* 88.

silence, et au risque de mourir pauvre, à la recherche de la vérité.

Mais heureusement l'industrialisme n'en est pas venu là, et il reste encore dans notre société quelques croyances à des déterminations humaines plus généreuses que l'intérêt.

Le système que je défends aujourd'hui est un corollaire de cette croyance. Tant il est vrai que dans les questions les plus humbles, en apparence, de notre droit civil, se trouvent les plus grands problèmes sociaux. Quelques jurisconsultes modernes ont cru que ce système avait pris sa source dans l'inégalité des personnes et des biens sur laquelle reposaient la constitution romaine et la féodalité (1). Il n'en est rien. Il est une émanation de cette conviction indestructible que l'homme n'obéit pas seulement à l'égoïsme, mais à des sentiments spontanés et désintéressés; en un mot, il est un fruit de la philosophie spiritualiste à laquelle crurent les jurisconsultes romains et leurs successeurs dans le droit français; l'autre est un triste rejeton du matérialisme!

Si je devais traduire en style moderne la pensée de nos maîtres en jurisprudence, je dirais :

L'homme ne travaille pas seulement pour l'argent, il travaille aussi pour la gloire, pour la patrie, pour l'humanité. C'est ce qui fait qu'il y a entre les professions des inégalités nécessaires comme dans les conditions. Les unes sont subalternes, ce sont en général celles qui spéculent sur les besoins physiques de l'homme; elles ont le lucre pour but et c'est avec de l'argent qu'on les paye. Les autres, plus relevées, s'adressent aux besoins moraux de l'homme; tantôt elles lui tendent la main dans ses revers, tantôt elles aspirent à le perfectionner et à le civiliser. Certes, ce ne sont pas celles-là qu'un ancien philosophe, Possidonius, appelait sordides (2).

Il y a donc dans chaque profession un esprit dominant qu'il faut considérer. Cet esprit est leur vie et la règle de leur rang et de leur influence; c'est par lui qu'il faut juger de l'estime et de la considération dont elles sont dignes. Il y a quelquefois des individus qui s'en écartent, il n'importe; l'esprit d'une profession est quelque chose de trop puissant par sa généralité même, pour être affecté de quelques exceptions.

On dit que le prêtre vit de l'autel; oui! mais il vit plus encore de foi et de piété. Quand un prédicateur éloquent va prêcher la parole de Dieu dans un diocèse où l'appellent les fidèles, ce n'est pas de l'argent qu'il va gagner! Il marche animé d'un saint zèle; l'esprit chrétien le conduit et le soutient; il remplit un apostolat.

La chaire du professeur est aussi une tribune d'où partent ces premières directions qui ont sur la destinée de la jeunesse une si grande influence. La première littérature prépare l'enfant aux arts libéraux; les arts libéraux frayent à l'adolescent la route de la vertu (3). Il y a là toute une mission civilisatrice, toute une pensée d'humanisation (4).

Je conviens avec vous que lorsqu'une affaire vient trouver l'avocat, il n'est peut-être pas indifférent à l'espoir de l'honoraire qui récompensera son travail. Mais suivez-le dans son cabinet quand il étudie sa cause; allez surtout l'entendre à l'audience quand il la plaide. Voyez-le s'identifier avec l'idée de son client, s'enflammer et s'irriter pour elle; glorieux s'il est vainqueur, triste et découragé s'il est vaincu. Ah! est-ce donc l'amour du gain qui cause ces émotions? Non, c'est la sympathie; vous aviez deviné l'homme avant l'audience; depuis, vous avez trouvé l'avocat, c'est-à-dire l'homme élevé, ennobli par l'esprit de sa profession.

Que dirai-je enfin du médecin? N'y a-t-il pas de l'amour de l'humanité dans cet art qui vient s'associer à toutes nos douleurs et lutter contre la destruction?

Or donc, au fond de tous ces travaux dont la société s'honore, et sans lesquels elle se dissoudrait, qu'avons-nous aperçu?

Tour à tour le zèle pour faire progresser l'homme, la sympathie pour ses misères, un but humanitaire (5).

Direz-vous maintenant que ces choses se payent avec de l'argent? Eh bien! Je protesterai de toutes mes forces contre ce blasphème. Je dirai que vous choquez les convictions universelles. Il n'y a pas de trésor qui puisse acheter les sentiments sympathiques et le dévouement à l'humanité! Ces choses-là se donnent; elles ne se vendent pas.

« Il y a un lot pour chaque profession, disait Montesquieu (6). Le lot de ceux qui lèvent les tributs est les richesses, et les récompenses de ces richesses sont les richesses mêmes. Le respect et la considération sont pour les ministres et les magistrats qui, ne trouvant que le travail après le travail, veillent jour et nuit pour le bonheur de l'empire. »

Voilà le langage que je comprends.

Sans doute il y aura toujours des prêtres simoniaques, des médecins avares, des avocats assez âpres pour faire désirer une nouvelle loi *Cincia*. Mais ces écarts individuels sont une révolte contre l'esprit de leur profession. Cet esprit demeure pur, il survit aux fautes de l'homme. Laissez-moi du moins croire à sa sincérité, et n'effeuillez pas d'une main impitoyable cette fleur si tendre de l'honneur!

Direz-vous qu'il y a aussi des sentiments honorables dans les professions que je place au-dessous des arts libéraux! Je l'accorde. Quand Vatel, maître d'hôtel de M. le prince, se poignarda de désespoir de ce que la marée n'était pas arrivée, madame de Sévigné dit qu'il se crut perdu d'honneur, *à force d'avoir de l'honneur à sa manière* (7). Mais sa profession ne lui commandait pas ce trait de déplorable courage : il allait au delà de son devoir; il se montrait supérieur à son état. Que si, au contraire, l'avocat ne se dévoue pas en entier à sa cause, le médecin à son malade, le professeur à son élève, ils manquent à la loi fondamentale de leur profession, qui est le dévouement; or, qui dit dévouement, dit une chose inestimable, une chose qui commande la reconnaissance et ne se paye pas en argent.

Tel est le tact délicat avec lequel les fondateurs de la science du droit ont discerné les rangs des divers états; et leur doctrine a été une bonne chose, non-seulement parce qu'elle était vraie, mais parce qu'elle a servi à maintenir dans les professions et les arts libéraux cet esprit général de socialisation, ces vertus sympathiques et ce dépôt d'honneur qui sont leur bien le plus précieux.

(1) MM. Championnière et Rigaud (*Traité des droits d'enregistr.*, t. 2, p. 631).
(2) *Vulgares et sordidæ* (Sénèq., *Epist.* 138).
(3) Sénèque, *Lettre* 88.
(4) Voyez dans les *Devoirs* de Cicéron (liv. 1, n° 40), ce qu'il dit de l'influence des professeurs sur le bonheur de la patrie.
(5) Sur la puissance de l'idée qui préside à une action, v. *infrà* n° 844.
(6) *Esprit des Lois*, l. 13, ch. 20.
(7) *Lettre* 95.

Après cela, je sais que de tout temps on a fait de très-éloquentes tirades contre les arts libéraux. Car il y a toujours eu des esprits chagrins qui aiment à fouiller les mauvais côtés du cœur humain et à donner au mal la préférence sur le bien. Eh! mon Dieu! ce n'est pas d'aujourd'hui qu'on a dit que le gain est au fond de toutes les professions libérales; qu'elles se résolvent toutes en argent; que ce sont des industries intéressées. Sénèque (avant Rousseau) avait écrit là-dessus une belle déclamation (1). Mais la vérité n'est pas dans ces exagérations. Malgré les dédains misanthropiques des uns et les tendances matérialistes des autres, les professions libérales ont conservé et garderont encore leur suprématie. Cicéron, si judicieux et si sage dans son admirable livre des *Devoirs*, a tracé la ligne de démarcation avec un rare discernement (2); et si l'on voulait passer de l'antiquité païenne au christianisme, on trouverait dans l'Évangile quelques phrases sévères contre les marchands du temple et les publicains. Laissons donc à chacun son lot, comme disait Montesquieu; n'enlevons pas à certains états le relief qui les encourage et les grandit à leurs propres yeux; ces distinctions ne sont pas des préjugés; ce sont choses très-réelles et très-raisonnables, qui doivent être défendues contre de trop fâcheuses tentatives d'innovations : « *Nimis multis jam stultè hanc utilitatem tolli cupientibus* (3). »

808. Venons maintenant à un raisonnement qui paraît avoir beaucoup frappé M. Duvergier, et qui n'a fait sur mon esprit aucune impression.

Les hommes de génie, dit-il, vendent leurs productions. Vendre est l'expression juste et légale. Pourquoi donc ne pourraient-ils pas louer leur travail?

J'accorde le mot vendre. C'est celui, faute d'autres, dont on s'est servi de tout temps (4). Il est bien vieux; car Pline disait que le dictateur César acheta (*emit*) 80 talents la *Médée* et l'*Ajax* de Timomaque (5).

Néanmoins, croyez-vous que cette vente soit absolument semblable aux autres? Croyez-vous que le prix que l'artiste ou le poëte ont reçu fera passer dans la main de l'acheteur la propriété de sa pensée, comme s'il se fût agi d'un meuble ou d'un champ? Est-ce qu'au contraire l'auteur ne reste pas tellement propriétaire de sa pensée qu'il a seul le droit de la reproduire? Est-ce qu'il n'en a pas le monopole exclusif (6)?

Si même vous placez l'auteur en présence d'un éditeur à qui il a cédé le droit de copie, est-ce que vous irez jusqu'à dire qu'il a abdiqué sa propriété? « Aux « yeux de l'art et de la science, disais-je dans mon « Commentaire de la *Vente* (7), c'est l'auteur qui de« meure toujours propriétaire et qui a l'honneur ou « le blâme de la production. Comme tel, il peut donc « porter la main sur la création de son esprit et la re« manier comme le cultivateur qui retourne le sillon « qui lui appartient. Ce n'est que comme affaire com« merciale que son œuvre a cessé de lui appartenir. « Mais il est clair que cette aliénation des produits de « la chose n'a pu lui enlever le droit de correction, « qui est du domaine de l'art et de la science. »

Eh bien! je n'en veux pas davantage pour condamner l'opinion de M. Duvergier. Il veut argumenter de la vente au louage? Je l'accorde pour un instant. Or, la vente d'un livre, d'un tableau, n'est rien moins que semblable à la vente d'une propriété ordinaire. Donc, l'artiste qui fournit son travail à autrui moyennant un honoraire, ne le loue pas dans le sens légal et ordinaire du mot; et c'est ce trait délicat qu'avaient aperçu les auteurs critiqués par M. Duvergier. Voilà pourquoi, s'attachant à des nuances qu'il efface, ils ont appelé mandat ce qu'il appelle louage proprement dit.

M. Duvergier pourra peut-être objecter que rien n'empêche l'auteur d'aliéner expressément le droit de propriété que la vente ordinaire retient entre ses mains; qu'une telle convention n'aurait rien de contraire aux lois et aux bonnes mœurs, bien qu'elle soit peu digne d'un auteur qui se respecte.

J'accorde ce point; mais qu'en résulte-t-il? qu'un médecin, qu'un avocat, qu'un professeur, etc., etc., abdiquant toute pudeur, pourront aussi stipuler qu'ils se louent à autrui, moyennant un prix qu'ils déclareront être l'équivalent d'un travail sans dévouement, sans affection. Car le mot prix employé dans le contrat de louage ne signifie pas autre chose. Je ne sais ce que les tribunaux penseraient d'une telle stipulation; mais en supposant qu'elle fût validée, on conviendra cependant qu'elle sortirait des habitudes les plus ordinaires, et qu'il y a peu d'hommes assez bas pour se placer dans de pareils termes. Or, le jurisconsulte qui essaye de préciser le caractère des contrats, prend pour point de départ les faits habituels et réguliers, et non les exceptions et les écarts. Pour un avocat qui se loue, comme disait Cujas, il y en a mille qui remplissent leur profession avec honneur et désintéressement, et ce sont ceux-là qui font la règle. Un auteur louera ignominieusement sa plume : cela s'est vu et peut se voir encore; mais mille auteurs conserveront l'indépendance et la dignité de leur intelligence, et c'est sur eux que le jurisconsulte jettera les yeux pour donner ses définitions.

Et ces distinctions de la loi, le monde et la société les ont faites avant elle. Le monde et la société méprisent ces pauvres diables de folliculaires que Voltaire représentait allant à la quête comme des moines mendiants (8). Ils les méprisent, parce qu'ils se louent; mais quand Louis XIV demandait à Molière un chef-d'œuvre pour les pompes de sa cour, on savait bien que le grand poëte ne se louait pas au grand roi. Le génie de l'un répondait au génie de l'autre.

Ceci sert à expliquer cette idée que M. Duvergier repousse comme un préjugé, savoir que le mandat est plus noble que le louage; eh! sans doute, car le louage a un prix, et le mandat a un honoraire! Et l'homme qui obéit à la sympathie, au dévouement, à l'amour de l'humanité ou de la gloire, repousse un prix comme une humiliation.

809. Reste à traiter la question des textes et à montrer l'erreur de M. Duvergier sur la nature du mandat.

Suivant cet auteur, il n'y a mandat que lorsqu'une personne est chargée d'agir envers des tiers pour le compte et au nom du mandant. Le mandataire n'est qu'une espèce d'instrument télégraphique chargé de recevoir et de porter la volonté d'autrui. Sa capacité n'est comptée pour rien; sa volonté est sans valeur. C'est la capacité et la volonté du mandant qui donnent force et effet aux actes du mandataire. Au con-

(1) *Lettre* 88. « *Ad æs exit. — Meritoria artificia sunt.* » — Suivant lui, il n'y a qu'une étude libérale, c'est celle de la vertu; du moins, il en reconnaît une; c'est quelque chose. Au reste, il donne l'étymologie de cette dénomination d'arts libéraux. *Quia homine libero digna sunt.*

(2) Livre 1, ch. 42.

(3) Cicér.: *De republicâ*, lib. 4, n° 2.

(4) Mon Comm. de la *Vente*, n° 206.

(5) Hist. nat., liv. 7, n° 39.

(6) Traité *de la Contrefaçon*, par M. Gastambide, t° 310.

(7) N° 206.

(8) *Dict. Phil*, v° *Auteurs*.

traire, toutes les fois qu'il y a nécessité de confier un travail à quelqu'un qui doit y employer sa propre capacité, c'est un louage. Ainsi, le médecin, l'avocat, le professeur ne sont pas des mandataires, parce qu'ils ne représentent personne qu'eux-mêmes dans le travail émané de leur propre capacité; ce sont des locateurs d'ouvrage, tandis que l'agent d'affaires, l'avoué sont des procureurs, parce qu'ils agissent au nom du mandant. Ils le représentent, ils l'obligent envers les tiers et obligent les tiers envers lui.

Cette doctrine est une innovation à laquelle personne n'avait jamais songé jusqu'à ce jour; elle va heurter les textes les plus positifs, et donne le plus éclatant démenti aux notions que le législateur romain nous a transmises sur la nature du mandat.

Il faut rappeler d'abord que le système qui place dans le prix (*merces*) la différence entre le louage et le mandat, n'est pas une conception fugitive de quelque interprète isolé; c'est l'ouvrage des lois romaines, c'est ce qu'avaient décidé Paul (1), Caïus (2). C'est ce que le législateur Justinien lui même déclare expressément dans ses Institutes (3); il y a donc une grande hardiesse à s'écarter de ces autorités légales.

Mais voyons si la nouvelle définition du mandat s'accorde avec les textes. Car M. Duvergier n'avoue pas qu'il propose des idées nouvelles; il prétend que sa distinction existait sous l'ancien droit.

Or, Caïus a précisément choisi un exemple dans lequel un ouvrier fait un de ces travaux que M. Duvergier renferme dans le cercle du louage; et Caïus le rattache à un mandat!

J'ai donné à un décrasseur mes habits à nettoyer, ou bien j'ai donné à un tailleur un vêtement à raccommoder; s'il y a prix, dit Caïus, ce sera un contrat de louage; s'il n'y en a pas, ce sera un mandat.

Qu'est-ce que ce tailleur? est-il mon représentant envers les tiers? est-il chargé de m'obliger envers autrui, ou d'obliger autrui envers moi? a-t-il besoin de ma capacité pour refaire mon habit? Non sans doute! *Il fait un travail utile pour moi; mais il n'agit pas en mon nom; il n'est pas mon représentant.* J'emploie les paroles dont M. Duvergier se sert pour caractériser le louage (4).

Et cependant qu'en pense Caïus dont la décision est reproduite dans le Digeste et dans les Institutes de Justinien? Dit-il, comme notre auteur, que ce ne peut être qu'un louage? Non! il dit que c'est un mandat. *Nullâ mercede neque constitutâ neque promissâ*, MANDATI *accepit actio?* Or, je le demande! de quel côté est l'*illusion* (5)? est-ce du côté des *jurisconsultes habiles* (6) que combat M. Duvergier, ou du côté de M. Duvergier?

Ailleurs Paul s'occupe d'un ouvrier qui enseigne à un esclave sa profession par l'ordre du maître, son ami. M. Duvergier appellerait cela un louage; mais Paul l'appelle un mandat (7).

Il serait facile de multiplier les citations (8).

Et dès lors, il ne faut pas s'étonner si Pothier a placé le médecin, l'avocat, le professeur au nombre des mandataires (9); il ne faut pas s'étonner non plus si M. Merlin et la cour de cassation ont donné au notaire le même nom (10). Tous ont pris pour guide les principes les plus élémentaires du droit romain!

Qu'a fait au contraire M. Duvergier? Sans porter son attention sur ces textes si graves, il n'a compris dans sa définition du mandat qu'une variété de ce contrat, et de l'espèce il a fait le genre. C'est là qu'est l'*illusion*.

810. Il est vrai que la définition que l'art. 1984 du Code civil nous donne du mandat, contient quelques expressions équivoques qui ont égaré M. Duvergier; mais tout le monde s'accorde à reconnaître que cet article est très-vague et laisse dans l'ombre bien des traits caractéristiques du contrat de mandat (11).

D'abord il ne définit que l'acte émané du mandant et appelé ordinairement procuration, et nullement le contrat qui se forme par la réunion des deux volontés.

Il dit que la procuration est le *pouvoir* de faire quelque chose pour le mandant et *en son nom*. Mais d'abord le mandataire n'a pas seulement le *pouvoir* de faire la chose, il contracte l'*obligation* et la *charge* de la conduire à fin. De plus, il n'est pas nécessaire que le mandataire traite au nom du mandant; nous en avons des exemples dans les commissionnaires de commerce (12). Les rédacteurs du Code n'ont donc eu en vue que les cas les plus fréquents; mais ils n'ont pas entendu donner une définition limitative contraire à toutes les idées reçues. Loin que rien indique qu'ils ont entendu adopter un système différent du système romain suivi dans notre jurisprudence, nous voyons qu'ils ont même *conservé* au mandat son *noble caractère* de gratuité (13), et qu'ainsi ils ont clairement indiqué leur intention de ne pas s'éloigner de la voie frayée.

M. Duvergier, au contraire, propose constamment de s'en écarter; il méconnaît les précédents dans la définition du mandat; il les méconnaît encore dans la nature de ce contrat dont il veut faire un moyen de lucre et de spéculation à l'instar du louage, tandis que l'orateur du gouvernement disait expressément que la rétribution autorisée dans l'intérêt du mandataire *est moins un lucre qu'une indemnité* (14)!

811. La conclusion de cette discussion est donc que le Code se lie à la théorie embrassée par les jurisconsultes romains et les jurisconsultes français, avec une connaissance si profonde et si attentive des nuances qui séparent le mandat du louage d'ouvrage; théorie éminemment morale et philosophique, et dont on ne pourrait s'écarter sans blesser l'honneur des professions libérales, sans exciter en elles l'esprit de spéculation et de trafic qui doit en être banni pour le bien de la société; sans se jeter enfin dans les dangereuses erreurs d'un matérialisme désolant.

812. Arrivons maintenant aux règles générales auxquelles le louage d'ouvrage est soumis.

Il repose sur trois éléments:

813. 1° Le consentement. Les principes à cet égard sont trop connus pour que nous y revenions.

814. 2° Le prix.

Le prix, aussi appelé *merces* par les lois romaines,

(1) L. 1, § 4, D. *Mand.*
(2) L. 22, D. *Præscript. verb.*, et Inst., III, 162.
(3) *De Mandato*, § 13.
(4) T. 2, p. 316.
(5) Expression de notre auteur, p. 315.
(6) Id.
(7) L. 26, § 8, D. *Mand.*
(8) V. encore la loi 5, §§ 2 et 4, D. *Præscript. verb.*
(9) *Mandat.*, n°s 23 et suiv.
(10) *Suprà*, n° 804.
(11) M. Delvincourt, t. 3, p. 238; in-8°, t. 7, p. 317. M. Durant., du *Mandat*, n°s 189, 190 et suiv. Les annotateurs de M. Zachariæ, t. 3, p. 121, note 2. MM. Championnière et Rigaud, t. 2, n° 1479.
(12) Art. 91, 92 C. de comm.
(13) Expression de M. Berlier, orat. du gouvern. (Fenet, t. 14, p. 584). Locré, t. 7, p. 373, n° 3.
(14) M. Berlier, p. 585. *Loco cit.*

est tellement de l'essence du louage d'ouvrage, que le défaut de prix ferait passer le contrat dans la classe du mandat (1).

Ce prix doit être en rapport avec la valeur de l'ouvrage; s'il était trop minime, on retomberait encore dans le mandat (2).

Du reste, il n'est pas toujours nécessaire que le prix soit expressément convenu. Il y a une foule de cas où il est suffisamment fixé par l'usage.

Quand vous montez dans un fiacre à l'heure ou à la course, il n'est pas nécessaire que vous régliez le prix avec le cocher; il est sous-entendu que vous payerez au taux fixé par l'usage ou par les règlements de police dans la localité (3).

Quand l'ouvrage n'a pas de prix courant et ordinaire, comme un ouvrage de maçonnerie à l'entreprise, les parties sont censées être convenues du prix qui sera arbitré par des experts (4).

Peu importe, au surplus, que le prix consiste en argent ou en denrées. Nous ne suivons pas la loi romaine qui mettait dans la catégorie des contrats inconnus la stipulation d'ouvrage moyennant un prix en nature (5).

C'est pourquoi la régie de l'enregistrement a décidé que l'acte par lequel un artisan s'en est adjoint un autre pour gérer ses affaires, moyennant une rétribution de 3 fr. par jour, et à charge de logement pour lui et sa famille, le tout tant qu'il remplira avec honneur et probité les conditions qui lui sont imposées, ne peut être considéré ni comme un marché ni comme un bail à nourriture, puisque, d'un côté, le mandataire ne fait aucune fourniture et se borne seulement à promettre son travail et son industrie, et que, d'un autre côté, la charge de nourrir n'est qu'une partie du prix; qu'un pareil acte ne peut être considéré que comme un louage d'ouvrage (6).

815. 3° Un ouvrage à faire.

Je dis un ouvrage *à faire*; car un ouvrage terminé ou exécuté ne peut avoir fait que par erreur la matière du contrat.

816. Il faut de plus que l'ouvrage soit possible. *Impossibilium nulla obligatio est* (7).

S'il n'était impossible que relativement à l'entrepreneur, le contrat n'en serait pas moins bon; c'est tant pis pour celui-ci s'il s'est chargé d'un travail au-dessus de ses forces et de ses moyens, quoique possible en soi.

817. Il faut encore que l'ouvrage ne soit pas défendu par les lois; si, par exemple, vous aviez stipulé avec un maçon qu'il élèverait votre maison au-dessus d'une certaine hauteur déterminée par les règlements, le contrat ne produirait aucun effet de part ni d'autre.

818. Enfin l'ouvrage ne doit pas être contraire aux bonnes mœurs; on considère comme tel la construction qu'un maçon ferait, même avec le gré du propriétaire, sur un terrain peu solide. L'humanité et l'intérêt public défendent des constructions qui peuvent compromettre la sûreté des passants (8).

Il y a d'infâmes commerces qui vivent dans la corruption des grandes villes. La prostitution et le proxénétisme trouvent là leur aliment immonde, et les lois, pour empêcher de plus grands maux, les tolèrent sans les approuver. Mais il est inutile de dire que la justice ne saurait donner sa sanction aux marchés qui interviennent avec les êtres voués à ces professions honteuses.

Il y avait jadis un métier fort en vogue dans les mœurs du moyen âge, c'était celui des spadassins et des braves qui louaient leur force ou leur adresse pour tuer un homme dans une rencontre ou dans un guet-apens. La fureur des guerres privées, née du sentiment orgueilleux de la personnalité germaine, avait multiplié ce métier de sicaire au point de provoquer l'animadversion de la loi salique. « *Si quis furtim* « *aliquem locaverit, ut hominem interficiat, et prop-* « *ter hoc pretium dederit*, etc., etc. (9). » Beaucoup plus tard, mais surtout en Italie, nous voyons cette classe d'hommes jouer un rôle sanglant au service des célèbres aventuriers dont les Mémoires de Benvenuto Cellini et le roman de M. Manzoni nous retracent si fidèlement la vie agitée. Aujourd'hui la douceur de nos habitudes ignore en quelque sorte cette terrible industrie; elle la laisse à quelques rares et malheureuses contrées où les mœurs n'ont pas encore appris à détester, à l'égal des lois, l'horreur des vengeances individuelles!

Mais, en revanche, d'autres mauvais commerces affligent la religion et la morale, et, par exemple, y en a-t-il de plus corrupteur que celui des gravures obscènes que des mains mercenaires fabriquent pour pervertir la jeunesse? Si l'auteur de tels ouvrages osait en demander le prix, le juge n'hésiterait pas à mettre les parties hors de cour (10).

819. Le contrat de louage produit des obligations réciproques. Celles que la nature du contrat impose au locateur, sont : 1° de faire l'ouvrage; 2° de le faire en temps utile; 3° de le bien faire; 4° d'apporter le soin et la diligence du bon père de famille à l'emploi des matériaux qui lui sont fournis (11).

820. Le plus ordinairement, il satisfait à l'obligation de faire l'ouvrage en y employant ses ouvriers, ou même en le sous-baillant; mais dans les travaux qui n'ont été confiés au locateur qu'à cause de son talent personnel, il faut que ce soit lui-même qui remplisse l'objet du contrat. Il ne pourrait s'en décharger sur un remplaçant.

Ainsi, si j'ai fait marché avec François, dont l'habitude à peindre les plafonds est connue, pour peindre mon salon, j'aurai une action contre lui à l'effet de le contraindre à remplir lui-même son obligation ou de me payer des dommages et intérêts (12). Telle est la disposition de l'art. 1237 du Code civil. Du reste, en autorisant, dans la plupart des cas, l'emploi d'un remplaçant, elle n'est pas en opposition avec l'article 1795, qui considère le louage d'ouvrage comme engageant le fait personnel de l'ouvrier, de l'architecte, de l'entrepreneur, et déclare en conséquence le contrat résolu par la mort du locateur. L'emploi d'un remplaçant n'efface pas la personne du locateur comme sa mort; sa responsabilité demeure entière, et l'on suppose qu'elle est un stimulant assez énergique pour qu'il ait pris tous les moyens d'assurer le bon succès de l'ouvrage; d'ailleurs, il serait toujours là pour le recommencer s'il n'était pas recevable; au

(1) *Suprà*, nos 791 et suiv.
(2) Pothier, no 399.
(3) Id., 397.
(4) Id.
(5) *Suprà*, no 3, art. 1107. M. Duranton, *Louage*, no 224. *Contrà*, Pothier, no 400.
(6) 11 octobre 1831 (Dall., 33, 3, 81).
(7) L. 105, D. *De reg. juris*. Pothier, no 395, et *Obligat.*, no 136.
(8) *Infrà*, no 995.
(9) T. 30, *De locationibus*.
(10) Pothier, no 396.
(11) Id., no 410.
(12) Id., nos 421, 422.

lieu qu'en cas de mort, il n'y a plus la garantie qu'offrait sa capacité personnelle ni la confiance qu'elle inspirait (1).

821. Je rappelle du reste, en passant, que l'obligation de faire un ouvrage est indivisible, et que l'action du conducteur a également ce caractère (2).

822. L'obligation de faire l'ouvrage dans le temps convenu (3) se résout en dommages et intérêts, si l'ouvrier ne la remplit pas, et si le conducteur éprouve un véritable dommage par le retard. Quand votre tailleur ne vous apporte pas au jour fixé le vêtement que vous lui avez fait faire, le mal n'est pas appréciable dans la plupart des cas. Mais si vous, marchand étalagiste, qui voulez profiter des premiers jours de l'ouverture d'une foire, vous avez chargé un ouvrier de vous faire une boutique en planches sur le champ de foire pour le jour où elle doit commencer, et que vous arriviez sans qu'elle soit prête, l'ouvrier sera tenu de vos dommages et intérêts; car ce retard vous est extrêmement préjudiciable (4).

823. Quant à la bonté de l'ouvrage, il importe peu que les défectuosités proviennent de l'entrepreneur ou de ses ouvriers; *spondet peritiam artis* (5) (art. 1797). Au surplus, nous verrons plus tard quand la malfaçon est couverte par la réception (6).

824. Lorsque le locateur a mal employé les matériaux, il doit les prendre pour son compte, et en payer la valeur au propriétaire (7), à moins que la matière n'ait été endommagée par suite d'un vice inhérent à la chose (8).

Non-seulement l'ouvrier est responsable du bon emploi de la chose; il est encore tenu de veiller à sa garde; de telle sorte que si elle lui était dérobée, il devrait en payer la valeur au propriétaire; car, comme je l'ai dit ailleurs, le vol (à moins qu'il ne soit accompagné de violence) n'est pas un de ces cas de force majeure qui excluent la faute; il la fait au contraire supposer (9).

825. Si plus tard on venait à retrouver l'objet volé, l'ouvrier ne serait admis à le représenter qu'autant que les choses seraient encore entières. Par exemple : étant au moment de vous marier, vous avez confié à votre bijoutier des diamants pour qu'il en fasse un collier, que vous vouliez mettre dans la corbeille de mariage. Mais les diamants ont été volés chez le joaillier, et il vous en a payé le montant; vous vous êtes empressé d'en acheter d'autres qui ont été employés. Plus tard les diamants ont été retrouvés, et le joaillier prétend les laisser pour votre compte; mais il n'y sera pas reçu. Vous n'avez plus besoin de ces diamants, et le bijoutier ne fera que supporter les conséquences de sa faute en les prenant à sa charge (10).

826. Nous traiterons dans le commentaire des articles 1788 et 1789 de la question de savoir sur qui retombe la force majeure lorsque la chose périt avant d'être livrée.

827. Telles sont les principales obligations du locateur. Nous y reviendrons dans le commentaire des art. 1787 et suiv.

Réciproquement, le locataire de l'ouvrage est tenu envers le locateur par des obligations qui découlent de la nature du contrat. Les deux principales sont :

1° De payer le prix;

2° De faire tout ce qui dépend de lui pour mettre l'ouvrier en pouvoir d'exécuter la convention (11).

828. Après ces notions préliminaires, nous allons entrer dans l'examen des sections qui divisent le chapitre III. Elles sont au nombre de trois, et se réfèrent aux trois principales espèces de louage d'ouvrage dont s'occupe le Code; à savoir : 1° le louage des domestiques et ouvriers; 2° celui des voituriers par terre et par eau; 3° celui des entrepreneurs.

Mais auparavant il convient de nous occuper un instant d'une variété qui a pris depuis quelques années un grand développement, je veux parler du contrat de remplacement au service militaire (12).

829. D'après l'art. 24 de la loi du 21 mars 1832 sur le recrutement de l'armée, le contrat de remplacement est régi par les principes du droit civil (13). Ce contrat ne doit pas être confondu avec l'acte administratif de remplacement.

C'est une convention par laquelle une personne s'oblige, moyennant un certain prix, à faire pour un autre le service militaire aux armées. Elle rentre dans la classe des louages de services. Tel est le caractère qui lui a été imprimé par plusieurs arrêts de cours royales (14). Je ne sais, au surplus, pourquoi la cour de Lyon a voulu en faire un contrat *infiniment plus relevé que ne le sont ordinairement les contrats de ce genre* (15). Je crois, au contraire, qu'il ne peut prétendre à aucun relief, et que surtout la cour de Lyon a commis une grande erreur quand elle l'a assimilé à ces conventions pour l'honoraire desquelles les Romains donnaient une *persecutio extraordinaria* (16). Ce n'est pas pour le louage d'ouvrage que les Romains réservaient ce recours particulier.

830. Puisque le contrat de remplacement est un louage de services proprement dit, il suit que le remplaçant n'a droit au prix de remplacement qu'autant qu'il fait le service auquel il s'est personnellement engagé.

Ainsi s'il déserte dans l'année pendant laquelle le remplacé est garant de sa présence sous les drapeaux (17), il ne peut exiger aucune partie du prix. Il doit même rendre ce qu'il a perçu. En un mot, le contrat est rompu, encore bien que par une circonstance quelconque le remplacé ne soit pas inquiété (18). On conçoit, du reste, que tout ceci n'est vrai qu'autant que le remplaçant n'est pas repris, et que

---

(1) V. le sens de l'art. 1795, *Infr.*, nos 1032 et suiv.

(2) Pothier, *Obligat.*, nos 326 et 333, et *Louage*, n° 423. *Infr.*, n° 834.

(3) *Supr.*, n° 787.

(4) Pothier, n° 424.

(5) *Junge* l. 132, D. *De reg. juris.*

(6) *Infr.*, n° 991.

(7) Pothier, n° 427, l. 13, § 5, *Loc. cond.*

(8) L. 13, § 5, D. *Loc. cond. Infr.*, art. 1790, n° 981.

(9) *Supr.*, nos 342 et 363. Pothier, n° 429. *Infr.*, nos 987 et 937.

(10) Pothier, n° 431.

(11) Id., n° 1610.

(12) V. M. Zachariæ, t. 3, p. 37. Il est constant que ce contrat est un louage de services (Lyon, 26 février 1834; D., 34, 2, 199).

(13) *Junge* la loi du 17 ventôse an VIII. Art. 18 de la loi du 10 mars 1818.

(14) Lyon, 26 février 1834 (D., 34, 2, 199). Besançon, 9 mars 1812 (Dall., v° *Recrutement*, p. 525, note).

(15) Arrêt précité.

(16) *Suprà*, nos 799 et 800.

(17) D'après l'art. 23 de la loi du 21 mars 1832, le remplacé n'est responsable de la désertion de son remplaçant que pendant un an, à compter du jour de l'acte administratif de remplacement passé devant le préfet. Cependant sa responsabilité cesse lorsque le remplaçant est arrêté pendant ce délai.

(18) Cassat., 6 avril 1831. D., 31, 1, 114.

sa place reste vide au corps dont il fait partie.

831. Mais le contrat sera-t-il encore réputé dissous si le remplaçant n'a déserté qu'après l'année de garantie, et alors que le remplacé était définitivement libéré? Cette question s'est présentée avant et après la loi de 1832. Pour la négative on a dit, en appréciant surtout les clauses du contrat de remplacement : Le remplaçant a procuré la libération du remplacé ; il s'est acquitté envers ce dernier ; *functus est officio* ; le surplus est une dette envers l'État dont le remplacé ne peut se prévaloir (1).

Pour l'affirmative on répondait : La désertion rompt le contrat. Il faut retenir le remplaçant sous les drapeaux, non-seulement par la crainte des châtiments, mais encore par le lien puissant de l'intérêt. C'est pourquoi, dans un motif d'ordre public, l'art. 18 du décret du 8 fructidor an XIII dispose d'une manière formelle qu'en cas de désertion du remplaçant, les engagements contractés par le remplacé sont comme non avenus, et que ce dernier pourra exiger toutes les sommes par lui payées, lors même que, par suite de sa désertion, le remplacé n'aurait pas été recherché. Ce texte, dit-on, tranche toute difficulté (2).

Il est vrai qu'on peut objecter que ce décret, en supposant qu'il s'occupe d'un cas autre que celui où le remplacé répond encore du remplaçant, a été modifié et adouci dans ses rigueurs par les lois de 1818 et de 1832, qui, réglant les rapports du remplacé avec son remplaçant, portent que les stipulations de remplacement sont soumises aux mêmes règles que les autres contrats civils ; et qu'en droit commun un contrat, dont une partie a recueilli tout le fruit, ne peut être méconnu par elle.

C'est vers cette opinion que la jurisprudence paraît incliner, ainsi que cela résulte d'un arrêt de la chambre civile du 14 février 1838 (3) ; elle est la plus équitable et la plus conforme aux principes généraux sur les obligations ; c'est aussi celle de M. Zachariæ (4).

832. Observez du reste que c'est au remplacé, qui prétend que la convention est rompue, à prouver la désertion. Dans le doute il y a présomption de non-désertion ; les délits et quasi-délits ne se présument pas (5).

833. Si la durée du service du remplaçant avait été abrégée par des événements imprévus, par exemple, par suite d'une mesure de licenciement, il aurait droit à la totalité du prix (6). La libération du remplacé est complète. Que veut-il de plus?

834. Sous les terribles lois de la conscription impériale, qui multipliait les prétextes pour ressaisir la jeunesse qui lui échappait, on a vu souvent le remplaçant enlevé à son service pour être incorporé dans les armées pour son propre compte, et le remplacé obligé de servir lui-même pour suppléer son suppléant. Alors on a demandé si le remplaçant était dispensé de rendre la somme formant le prix de son remplacement.

Plusieurs cours ont jugé l'affirmative ; elles ont dit : Le remplaçant a fait ce qu'il était en lui pour remplir son engagement. S'il ne l'a pas conduit jusqu'au bout, c'est par le résultat d'une force majeure et de la volonté du prince (7).

D'autres se sont prononcées pour la négative. Déterminées par de puissantes considérations d'équité, tirées de l'objet que les parties s'étaient proposé dans les clauses du remplacement, elles ont pensé que le remplaçant ne pouvait exiger qu'une indemnité proportionnelle au temps qu'il avait servi comme suppléant (8).

Si on voulait examiner cette question en se plaçant au point de vue des principes que le droit romain nous a transmis, il semble au premier coup d'œil que la première opinion devrait l'emporter. « Qui operas « suas locavit, disait Paul, *totius temporis mercedem* « *accipere debet*, si per eum non stetit quominùs « operas præstet (9). » Mais cette loi ne s'interprète pas en ce sens (10) ; elle n'est applicable que lorsque c'est par suite d'une force majeure, tombant sur celui qui a commandé l'ouvrage, que le travail du locateur ne peut avoir lieu. Et à ce propos, il faut rappeler en peu de mots la doctrine à ce sujet.

La force majeure peut se produire en trois manières.

Elle peut frapper l'ouvrier ou locateur, qui, par exemple, est mort ou est devenu inhabile, et alors le prix n'est dû que jusqu'à concurrence de l'ouvrage dont le maître a profité (11). C'est ce qui a lieu dans le contrat de louage des domestiques (12). Que si l'ouvrage commencé, mais interrompu par une force majeure qui frappe l'ouvrier ou locateur, n'a pas porté profit au locataire, aucun prix n'est dû (13). Par exemple, si je charge un barbouilleur de peindre une scène bachique sur la muraille de mon jardin ; s'il meurt lorsque le travail n'est encore qu'ébauché, je ne lui dois rien.

En second lieu, la force majeure peut frapper le locataire, c'est-à-dire, celui qui a commandé l'ouvrage ; on vient de voir ce que Paul décide sur ce point.

Enfin, si la force majeure ne provient ni d'un côté ni de l'autre, mais, par exemple, de la loi ou du fait du prince, on sous-distingue.

Si le travail n'est pas commencé, le locateur doit seulement être dédommagé des dépenses qu'il a faites (14) ;

Si le travail est commencé, l'ouvrier doit être payé du temps qu'il a donné (15).

---

(1) Cassat., 9 février 1825 (S., 25, 1, 305 ; D., 25, 1, 97). Paris, 29 août 1823 (S., 25, 2, 73). Orléans, 21 décembre 1822 (S., 23, 2, 191). Cassat., 13 août 1828 (D., 28, 1, 383). Cassat., 1er mars 1836 (D., 36, 1, 138).

(2) Cassat., 22 août 1826 (D., 27, 1, 7) ; 27 novembre 1817 (S., 18, 1, 195, Dall., *Recrutement*, p. 526, note ; in-8°, p. 322) ; 10 août 1818 (S., 19, 1, 8. Dall., *loc. cit.*) ; 6 avril 1831 (D., 31, 1, 114).

(3) D., 38, 1, 106.

(4) T. 3, p. 39.

(5) Cassat., 18 août 1828. S., 28, 1, 417.

(6) Montpellier, 3 janvier 1815 (S., 16, 2, 140. D., *Recrutement*, p. 523). Cassat., 28 décembre 1818 (S., 19, 1, 172) ; 10 juillet 1820 (S., 20, 1, 413) ; 27 janvier 1819 (S., 19, 1, 243). Dall., *Recrutement*, *loc. cit.* M. Zachariæ, t. 3, p. 39.

(7) Nîmes, 5 juillet 1809 (Dall., *Recrut.*, p. 524 ; in-8°, t. 23, p. 317) ; 8 août 1810 (Dall., id.) ; Colmar, 2 janvier 1811, id. ; Cassat., 9 mai 1815, id.

(8) Turin, 24 juin et 4 juillet 1810 (S., 14, 2, 80. Dalloz, v° *Recrutement*, p. 526 ; in-8°, t. 23, p. 318). Nîmes, 23 mars 1811 (S., 11, 2, 443. D., id.) Bruxelles, 28 août 1811 (D., id.). Cassat., 9 mai 1815 (S., 15, 1, 310. D., id.). 20 juin 1826 (S., 27, 1, 210. D., 26, 1, 351).

(9) L. 38, D., *Loc. cond. Junge* l. 19, §§ 9 et 10. D., *Loc. cond.* (Ulpien).

(10) *Infr.*, n° 879.

(11) Argument des lois 9, § 1, D. *Loc. cond.* ; 19, § *Si quis* (eod.) ; § 6, D., id. (id.).

(12) *Infr.*, n° 874.

(13) L. 15, § 6, D. *Loc. cond.*

(14) L. ult., § 1, D. *De leg. Rodiâ.*

(15) Voët, *ad Pand.*, tit. *De locato cond.*, n° 27. Favre, sur la

C'est cette dernière solution qui est applicable ici (1). On la trouve d'autant plus équitable, si l'on réfléchit à la position d'une famille qui a voulu se procurer la libération d'un de ses membres au prix des plus grands sacrifices, et qui bientôt est obligée de le livrer aux périls de la guerre, en perdant le prix de sa rançon.

835. Ceci nous conduit à la question de savoir si les obligations contractées par un remplacé envers son remplaçant doivent recevoir leur entière exécution, lorsqu'il a été reconnu, après que le remplaçant a passé un an ou deux ans sous les drapeaux, que c'était par suite d'une erreur de l'administration que le remplacé avait été appelé.

Par arrêt du 9 mars 1812, la cour de Besançon a décidé que le remplaçant a seulement droit à une partie de la somme proportionnée au temps qu'il a servi. Elle se fonde sur ce qu'il s'agit d'un contrat de louage, et que dans les contrats de cette nature, lorsque la résolution arrive par force majeure, il n'est dû aucune indemnité pour le travail qui n'est pas fait, et que l'on ne peut exiger qu'un dédommagement, soit pour les ouvrages faits, soit pour les dépenses que le contrat avait occasionnées (2).

Cette décision nous paraît juste; elle rentre dans le troisième membre de la distinction que nous faisions au numéro 834.

836. Depuis quelques années des compagnies nombreuses se sont organisées pour pourvoir au remplacement des jeunes appelés. Dans l'origine ces compagnies avaient été vues avec défaveur; le gouvernement, craignant leur mauvaise influence sur le recrutement de l'armée, enleva toute existence légale à celles qui n'étaient pas autorisées par ordonnance royale (3). Aussi une jurisprudence constante annula-t-elle comme illicites tous les engagements passés avec les compagnies non autorisées (4).

Lors de la discussion de la loi du 21 mars 1832, on proposa de soumettre les entreprises de remplacement à la nécessité d'une autorisation du gouvernement. Mais la proposition fut écartée, et dès lors l'ancienne jurisprudence fondée sur l'ordonnance de 1821 dut s'évanouir avec elle (5).

Or donc, presque toujours c'est avec ces compagnies que traitent les jeunes soldats, trouvant en elles des intermédiaires qui les dispensent de recherches difficiles.

Cette situation a fait naître la question suivante: Lorsque la compagnie est tombée en faillite, le remplaçant a-t-il action contre le remplacé pour payement du prix?

Pour résoudre cette difficulté, il faut voir avant tout si le remplaçant et le remplacé ont traité ensemble; si, malgré la présence de l'agent intermédiaire, ils ont entendu se lier personnellement. Dans le cas d'affirmative, aucun doute sérieux n'est possible.

Mais si l'agent de remplacement a traité séparément avec le remplaçant et avec le remplacé, la question devient plus grave, elle est controversée.

Plusieurs cours ont décidé que la compagnie était *negotiorum gestor* du remplaçant et du remplacé, et que sa faillite laissait intacte une action dont le principe existait indépendamment de son intervention (6). On a même été jusqu'à condamner le remplacé à payer au remplaçant le montant du prix, alors même que celui-là s'était libéré envers l'agence de remplacement (7).

D'autres cours ont pensé qu'à la vérité le remplaçant peut exercer son action contre le remplacé, quoique le traité n'ait eu lieu qu'entre le remplaçant et une agence intermédiaire, mais que le remplacé n'est tenu que jusqu'à concurrence du prix restant dû à la compagnie (8).

Enfin, un troisième système a prévalu devant certaines cours, qui ont jugé que le remplaçant et le remplacé sont tout à fait étrangers l'un à l'autre; que l'agent intermédiaire n'a pas été leur *negotiorum gestor* puisqu'il a agi en son nom et dans son propre intérêt; qu'ainsi le remplaçant n'a pas d'action contre le remplacé pour le payement du prix (9).

Dans ce conflit, qu'a fait la cour de cassation, dont on aime à trouver les hautes directions au milieu de ces tiraillements fâcheux d'une jurisprudence qui essaye de se fixer?

Trois fois la question s'est présentée devant elle, trois fois la chambre des requêtes l'a résolue dans le sens du dernier système.

Voici son arrêt du 10 avril 1833, rendu au rapport de M. Mestadier (10).

« Attendu que l'art. 18 de la loi du 10 mars 1818 « ne disposant qu'envers l'État relativement au remplacement, renvoie aux règles du Code civil pour « les stipulations particulières faites à l'occasion du « remplacement;

« Attendu que le mandant est sans doute obligé aux « stipulations faites par le mandataire sur l'objet du « mandat, aux suites, aux conséquences du mandat; « et ces principes auraient pu être appliqués à la cause, « si Martin (agent de la compagnie de remplacement), « quoique porteur d'une simple procuration pour se « présenter au conseil de recrutement au nom de « Bieisse père, afin de parvenir au remplacement de « son fils, avait traité avec Fager, au nom de Bieisse « père et fils, pour remplacer le fils, stipulé un prix, « et promis le payement de ce prix au nom de Bieisse « père et fils;

« Attendu qu'au lieu d'agir ainsi; d'une part, Bieisse « avait traité avec la compagnie *pour un remplacement quelconque, stipulé et payé le prix de ce remplacement*; et d'une autre part, Fager n'avait traité

loi 15, § 6, D. *Loc. cond.* — Voyez sur ces différents points *infr.*, nos 871 et suiv.

(1) Pothier, *Louage*, no 165. *Infr.*, no 835. M. Zachariæ, t. 3, p. 38. Sirey, Dissert., 15, 2, 27.

(2) Dall., vo *Recrutement*, p. 525, note; in-8o, p. 309.

(3) Ord. du 14 janvier 1821 (art. 1).

(4) Req., rejet, 11 avril 1827 (S., 27, 1, 431. D., 27, 1, 198). Cassat., 3 mars 1833 (S., 33, 1, 269. D., 33, 1, 144). Bourges, 9 mai 1832 (D., 34, 2, 25). Rouen, 3 avril 1829 (D., 30, 2, 277).

(5) Paris, 5 avril 1834 (D., 34, 2, 216), et 5 décembre 1834 (D., 35, 2, 171). Bourges, 18 mars 1833 (S., 33, 2, 633).

(6) Montpellier, 1er août 1827 (S., 27, 2, 220); 26 janvier 1832 (S., 32, 2, 203). Nîmes, 8 juillet 1830 (S., 31, 2, 132). Lyon, 26 février 1834 (D., 34, 2, 199).

(7) Montpellier, 26 janv. 1832 (D., 32, 2, 138). Rouen, 1er mai 1829 (D., 30, 2, 277); 6 août 1829 (id.).

(8) Bordeaux, 31 juillet 1832 (D., 34, 2, 43). Lyon, 26 fév. 1834 (D., 34, 2, 1, 199).

(9) Bourges, 8 mars 1830 (S., 30, 2, 298. D., 30, 2, 218). Toulouse, 26 mai 1830 (S., 30, 2, 266. D., 30, 2, 256), et 31 mars 1832 (D., 32, 2, 158). Grenoble, 11 janvier, id., 13 avril 1831 (S., 32, 2, 23, 24. D., 31, 2, 211). Lyon, 29 juin 1831 (S., 32, 2, 133), et 4 août 1831 (D., 33, 2, 3). Bordeaux, 12 juillet 1833 (S., 34, 2, 19. D., 38, 2, 208). Paris, 26 mars 1839 (D., 39, 2, 121).

(10) D., 33, 1, 1?6. S., 33, 1, 271.

« pour remplacer Bieisse fils ni avec lui ni avec le « mandataire seul du père; *il a traité avec les trois* « *associés formant la compagnie, de la solvabilité,* « *desquels il s'est contenté; les trois associés se sont* « *obligés seuls envers lui*, et il a même contracté en- «vers eux l'engagement d'indemniser la compagnie « des suites de sa désertion;

« Attendu que le tribunal d'Alby a purement tiré « de ces faits la conséquence qu'il n'avait existé au- « cune dette, aucune obligation de Bieisse père et fils « envers Fager, etc.;

« Rejette. »

Déjà un autre arrêt du 21 novembre 1832, au rapport de M. de Broë (1), avait préparé les voies. Il repose sur les mêmes principes. Une troisième décision, du 21 mai 1833, confirme cette jurisprudence (2).

Les résultats qu'elle consacre me paraissent incontestables, et je ne crois pas que personne puisse les critiquer, alors que le remplacé s'est libéré du prix envers la compagnie et que le remplaçant vient exiger de lui un second payement. L'action de ce dernier est alors évidemment mal fondée; presque tout le monde en convient maintenant (3); en effet, que s'est-il passé entre eux? Le jeune soldat a traité avec des entrepreneurs pour lui trouver un remplaçant quelconque, moyennant un prix convenu; puis, ces entrepreneurs ont mis leurs agents en campagne; ils ont trouvé ce remplaçant, qui a stipulé avec eux seuls, et dont ils ont acheté les services à forfait pour un prix presque toujours différent de celui qu'ils avaient reçu du jeune soldat. Ainsi, ils ont traité séparément avec l'appelé, séparément avec le remplaçant.

Plus tard, à la vérité, le remplaçant a fait l'affaire du remplacé; agréé par celui-ci, présenté par lui à l'autorité, il est devenu *son homme*, et ses services ont tenu lieu des services du jeune soldat, qui sans lui aurait été obligé de braver les dangers et les fatigues de la guerre. Ces circonstances ultérieures sont sans doute très-graves; mais pas assez cependant pour autoriser à revenir sur des actes consommés de bonne foi : le remplaçant a consenti à ce que ses services lui fussent payés par la compagnie même; il a accepté une combinaison qui donnait à cette compagnie le double rôle de débitrice envers lui et de créancière envers le remplacé. Comment donc pourrait-il se plaindre des payements faits à la compagnie par ce dernier? Est-ce que la présentation à l'autorité administrative a renversé les bases du contrat civil? Est-ce que le remplacé ne s'est pas acquitté légalement, et suivant le vœu de la convention, entre les mains de la compagnie?

837. Maintenant faisons un pas en avant, et examinons une face plus délicate de la question. Si le remplacé est encore débiteur du prix envers la compagnie tombée en faillite, faudra-t-il décider avec M. Zachariæ (4) et avec les cours royales dont j'ai rappelé plus haut les arrêts (5) que le remplaçant aura action directe contre le remplacé jusqu'à concurrence de la somme due à l'agent de remplacement? La cour de cassation n'a pas encore eu à juger cette question; mais la doctrine qu'elle a trois fois fait prévaloir, la préjuge dans un sens opposé aux autorités que je viens de rappeler.

Voici cependant les raisonnements très-spécieux par lesquels on peut défendre l'action du remplaçant. On ne peut pas nier qu'il ne se soit formé au moins *ex post facto*, un contrat ou un quasi-contrat entre le remplaçant et le remplacé, lorsque celui-ci a conduit celui-là devant l'autorité administrative et l'a fait agréer comme un autre lui-même. N'est-ce pas pour ce dernier que le premier fait le service? N'est-ce pas lui qu'il représente sous les drapeaux? Quel est le nom que lui donne la loi? Quel est celui que lui donne l'usage? Tient-il la place de la compagnie d'assurance ou celle du jeune soldat? Et peut-on dire qu'étrangers l'un à l'autre dans l'origine, ils sont restés tels jusqu'au bout, lorsque l'appelé l'a reçu et fait recevoir pour son homme par l'autorité publique qui a scellé par ses solennités la substitution de l'un à l'autre? N'y a-t-il donc pas ici la source de rapports nouveaux; et de même que l'occupation de la chose louée oblige le sous-locataire qui doit des loyers à son sous-bailleur à les payer au propriétaire qui n'a pas contracté avec lui (6); de même le service fait par le remplaçant, joint à l'accord cimenté par l'autorité publique, lui donne une action *in factum* pour percevoir entre ses mains les deniers dont il est reliquataire envers la compagnie.

Ces raisonnements ont de la force, j'en conviens, et quand je me les suis opposés à moi-même, ils m'ont un instant arrêté. Mais de plus mûres réflexions ont levé mes scrupules.

D'abord remarquons que le remplacé est désintéressé dans le débat; il doit, et il est prêt à payer. Peu lui importe de vider ses mains auprès des assureurs ou auprès du remplaçant; c'est seulement entre le remplaçant et l'agent de remplacement que s'agite l'intérêt du procès. Les syndics de l'agence soutiennent, pour l'intérêt de la masse, que les fonds dus par le jeune soldat leur appartiennent; au contraire, le remplaçant veut que ce soit à lui à les toucher.

Une première réflexion me frappa. Si le jeune soldat était tombé en déconfiture, le remplaçant se féliciterait certainement de n'avoir pas traité avec lui; il s'applaudirait de l'arrangement qui lui donne un débiteur solvable dans la personne des agents de remplacement. Or, quand la chance tourne, quand c'est la compagnie qui fait faillite, est-il juste qu'il cherche à renverser les positions? Est-il juste que la compagnie qui était responsable de l'insolvabilité du remplacé ne profite pas de sa solvabilité?

Mais ce n'est pas tout.

Admettons que les solennités administratives aient uni le remplaçant et le remplacé par un rapprochement juridique. Quelles ont été les conditions de ce rapprochement? quelles conventions lui ont servi de base?

Le remplaçant aurait pu se faire l'homme du remplacé gratuitement et par pur esprit d'obligeance. A plus forte raison a-t-il pu prendre sa place sous les drapeaux, en adoptant une combinaison qui a fait du recouvrement et du payement du prix l'affaire propre et personnelle de l'agence de remplacement. Or, cette combinaison est manifeste. C'est elle qui a présidé à la négociation; c'est à elle que le remplaçant a donné la préférence, afin de trouver sur-le-champ l'emploi de son temps et pour n'être pas obligé d'aller de village en village offrir ses services à un jeune soldat, que peut-être il n'aurait pas rencontré, ou avec lequel il n'aurait pas pu s'entendre; il a mieux aimé traiter avec une compagnie qui spécule sur ces sortes d'affaires, et il a suivi sa foi; il lui a dit : Je ne m'inquiète

(1) D., 33, 1, 60. S., 33, 1, 13.
(2) D., 33, 1, 213, 214. S., 33, 1, 765.
(3) V. la Table de M. A. Dalloz, v° *Remplacement militaire*, n°s 74 et suiv.
(4) T. 3, p. 39.
(5) Bordeaux, Lyon.
(6) *Supr.*, n°s 128, 538, 547. Art. 1753 C. C.

pas du prix que vous payera tel individu que je vais remplacer sans le connaître. Faites votre condition aussi bonne que possible avec lui; cela ne me regarde pas et ne concerne que vous. Je ne vous demande qu'une chose, c'est de vous engager à me donner tant.

Telle est évidemment, dans ce cas particulier, la base du contrat civil. On a vu que c'est ainsi que la cour de cassation l'a envisagée.

Maintenant le remplaçant et le remplacé qui ne se connaissaient pas, ont fait connaissance devant l'autorité administrative, et l'on veut qu'un lien de droit se soit formé entre eux. Je l'admets, pourvu que l'on admette par contre les conditions qui en sont inséparables. Or, ces conditions sont que la somme à payer par le remplacé soit la propriété de l'agence, et que l'insolvabilité de lui, jeune soldat, ne rejaillisse pas sur le remplaçant; ces conditions sont que le remplaçant ait pour débiteur la compagnie dont il a suivi la foi, et que celle-ci prenne pour son compte personnel le recouvrement et le payement. Ainsi, lorsque le jeune soldat comparaît devant l'autorité administrative et lui dit : « Voilà l'homme qui me remplace; je vous le « présente comme un second moi-même; agréez-le « comme je l'ai agréé; » il faut sous-entendre nécessairement qu'il se le substitue aux conditions stipulées dans le contrat civil; l'on doit surtout se garder d'admettre une novation que le Code défend de présumer facilement.

Dans cet état, comment peut-on trouver le germe d'une action contre le remplacé? Est-ce que les conventions civiles n'ont pas rendu le remplaçant et le remplacé étrangers l'un à l'autre pour le règlement des intérêts pécuniaires? Est-ce que le prix dû par le remplacé n'est pas la propriété exclusive de la compagnie, pour le compte de laquelle il aurait péri? Et comment dès lors pourrait-on en dépouiller les syndics représentants de la masse? Qu'on cesse donc de parler du contrat administratif, et de l'engagement naturel produit par la présence du remplaçant sous les drapeaux. Ces circonstances n'ont dans l'espèce aucune portée, parce que les conditions expresses du pacte civil concentrent dans l'agence la propriété du prix et l'obligation de servir la rançon.

838. Reste à savoir maintenant si, faute d'une action directe contre le remplacé, le remplaçant n'aurait pas un privilége sur la somme due par le remplacé à la compagnie.

La cour royale de Lyon a jugé l'affirmative, par un arrêt du 21 mars 1833 (1); elle a dit : Les frais faits pour la conservation de la chose sont privilégiés, aux termes de l'art. 2102, § 3, du Code de commerce. Or, la somme due par le remplacé n'est exigible, de la part de l'entrepreneur de remplacement, qu'autant que ce remplacement est réellement effectué. Or, c'est le remplaçant qui assure la libération par son service sous les drapeaux; donc c'est lui qui, par son service personnel, a conservé à la compagnie la somme due par le remplacé! Elle doit donc lui profiter par privilége.

Ce système est ingénieux et équitable. Objectera-t-on que le Code, en organisant le privilége du conservateur de la chose, paraît avoir eu en vue un corps certain plutôt qu'une somme d'argent? On répondra que ses expressions n'ont rien d'assez limitatif pour se renfermer dans cette interprétation (2).

Ajoutera-t-on que l'art. 2102 parle de *frais* faits pour la conservation de la chose, ce qui suppose des déboursés avancés dont la partie demande la restitution, et que le remplaçant ne répète pas de déboursés, mais la récompense de ses services?

On répondra que le mot *frais* ne se prend pas dans ce sens restreint; que l'artiste vétérinaire qui donne ses soins à un cheval et le guérit, peut ne rien débourser et que cependant il a privilége pour le payement de ses visites (3).

839. Dans les contrats de remplacement, il est rare que le jeune soldat ne soit pas assisté de son père ou de son tuteur. De là la question de savoir quelle est la part de garantie qui retombe sur ces personnes.

Je pense que le remplaçant a en général une action personnelle contre le père, dont la présence à l'acte a pour but principal de cimenter de plus fort l'engagement de son fils. On ne pourrait adopter une opinion contraire qu'autant que les clauses du contrat devraient faire mettre à l'écart toutes les vraisemblances tirées de l'affection du père et de la nécessité de son concours pour servir de caution à son fils (4).

Il en est autrement du tuteur étranger. Il n'est censé figurer qu'en sa qualité et non pour s'obliger personnellement.

840. Nous allons nous occuper à présent des trois espèces de louage d'ouvrage dont traite notre chapitre III.

SECTION Ire.

DU LOUAGE DES DOMESTIQUES ET OUVRIERS.

Article 1780.

On ne peut engager ses services qu'à temps, ou pour une entreprise déterminée.

Article 1781.

Le maître est cru sur son affirmation :
Pour la quotité des gages.
Pour le payement du salaire de l'année échue,
Et pour les à-compte donnés pour l'année courante.

(1) D., 33, 2, 105 et 108. *Junge* 4 août 1831 (D., 33, 2, 3).

(2) Voyez l'arrêt de la cour de cassation du 13 mai 1835 (D., 35, 1, 237, et Sirey, 35, 1, 707), que j'ai rapporté dans mon Comm. des *Hypothèq.*, n° 178 et note. Cet arrêt attribue privilége sur une créance.

(3) Mon Comm. des *Hypothèq.*, n° 177.

(4) Paris, 7 février 1814 (S., 15, 2, 87); 3 février 1829 (S., 29, 2, 334).

SOMMAIRE.

841. Classification des matières, conditions et services auxquels s'applique cette section. Conférence des articles. 2271 et 2272 avec les art. 1780-1781.
842. Sens des mots *gens de travail* dans l'art. 1779. Sens du mot *ouvriers* dans la rubrique de cette section. Imperfection des définitions.
843. Distinction entre les domestiques et les ouvriers. — Sous-distinction entre les ouvriers. Des ouvriers à prix fait. Des journaliers sous le rapport social.
844. De la domesticité envisagée du même point de vue. Relief que la féodalité avait su donner à la domesticité volontaire qu'elle avait créée ; des pages, varlets, écuyers. Utopie de la convention nationale pour abolir la domesticité.
845. État actuel de la classe domestique.
846. Législation civile qui la gouverne. Nécessité de suppléer à sa concision par des détails pratiques. Mot ridicule et vaniteux de Brillon en s'occupant de ce sujet.
847. Étendue du mot *domestique*. Honneur attaché à son sens primitif. Pourquoi cette acception a dégénéré. Triple signification du mot *domestique* dans l'ancien régime.
848. Sens actuel du mot ; il a perdu toutes ses acceptions relevées.
849. De la manière dont se forme le louage des domestiques et ouvriers. Des arrhes.
850. Suite.
851. Lorsque le prix du louage est inférieur à 150 francs, on peut en faire la preuve par témoins. Manière de calculer le prix.
852. Da la durée du louage de services. Explication de l'article 1780.
853. La nullité d'un engagement perpétuel est-elle d'ordre public ? L'ancien droit ne la considérait que comme purement relative. Espèce curieuse empruntée à Expilly. Arrêt du parlement de Grenoble.
854. État des opinions depuis le Code civil. Deux questions à examiner.
855. Première question. Le serviteur qui rompt son engagement parce qu'il est perpétuel, est-il soumis à des dommages et intérêts ? Non.
856. Seconde question. La nullité est-elle réciproque ? est-elle d'ordre public ? Non ! Erreur des auteurs modernes et de quelques arrêts à cet égard. La nullité n'a été édictée que pour le serviteur.
857. Autre erreur sur le sens de l'art. 1780. Un maître peut s'engager à garder jusqu'à sa mort un domestique.
858. Du louage de services *pour une entreprise déterminée*. Sens de ces expressions.
859. Suite.
860. Durée tacite de certains louages.
861. Par exemple, des domestiques employés aux travaux ruraux, des servantes de campagne.
862. Les domestiques de ville ne sont pas loués à l'année ; l'engagement est indéfini, sauf le droit réciproque de résiliation.
863. Suite.
864. Suite. Du congé.
865. 1re Cause de résiliation du louage de services.
866. 2e Cause. Échéance du terme.
867. 3e Cause. Manquement à la loi du contrat de la part du domestique. Force probante de l'affirmation du maître.
868. Manquements de la part du maître.
869. Suite. Étendue des dommages et intérêts à réclamer par le domestique.
870. Devoirs du juge pour bien apprécier les sujets de plainte du domestique.
871. 4e Cause. Force majeure. Premier cas. Fait du prince. Mauvais temps qui arrête les travaux.
872. *Quid* si le mauvais temps s'est déclaré depuis la journée commencée ?
873. Du fait personnel du maître.
874. Deuxième cas de force majeure. De la maladie qui affecte le serviteur.
875. Du service militaire.
876. Suite.
877. Du fait personnel du domestique, de sa fuite pour crime ou délit.
878. De la mort du serviteur.
879. Troisième cas de force majeure. De la mort du maître.
880. 5e Cause de rupture du contrat. Destruction de la chose.
881. De la tacite réconduction.
882. Des gages et de leur payement. Des difficultés qui peuvent s'élever entre le serviteur et le maître. Prépondérance de l'affirmation du maître. Sur quoi fondée ?
883. Suite.
884. Mais l'affirmation du maître ne doit pas être étendue au delà de certains cas déterminés. Quels sont ces cas ?
885. Suite.
886. Suite.
887. L'art. 1781, sur le droit d'affirmation n'a pas lieu à l'égard de personnes autres que les domestiques et ouvriers proprement dits. Des clercs d'avoués, commis marchands, etc.—Des cochers des voitures de place.
888. L'affirmation du maître est-elle admissible sur les demandes en restitution d'effets ?
889. Elle n'a pas d'autorité dans les matières à prix fait.
890. L'art. 1781 n'a pas été fait pour les héritiers du maître. Limitation à cette vérité.
891. Ce qu'on entend ici par maître.
892. De la prescription du salaire des domestiques et ouvriers. Renvoi.
893. De la compétence.

COMMENTAIRE.

841. La section qui nous occupe embrasse deux classes principales de locateurs d'ouvrage, *les domestiques* et *les ouvriers*. Ce sont les personnes que l'art. 1779 a désignées dans cette large appellation de *gens de travail qui s'engagent au service de quelqu'un*, appellation du reste qui n'est pas toujours exacte, et à laquelle le Code lui-même ne reste pas invariablement fidèle. Car dans les art. 2271 et 2272, il fait deux classes bien distinctes des *gens de travail* et *ouvriers*, et des *domestiques* (1). En effet les gens de travail, dans le sens habituel du mot, sont ceux qui se livrent à un travail rude et pénible, comme les manouvriers, les gens de bras, les terrassiers, les moissonneurs, les vendangeurs, les faucheurs, et en général tous ceux dont on exige un travail purement matériel (2).

Les ouvriers, toujours dans le sens de l'art. 2271, sont dans une classe plus relevée. Ce sont ceux qui s'occupent des arts mécaniques.

Enfin les domestiques sont les gens qui se louent

(1) Voyez mon Comm. de la *Prescription*, n°s 957 et 976.

(2) *Loc. cit.*, n° 957.

pour les services réputés humbles que l'on rend à une personne, dont on reçoit un salaire et dont on habite la maison (1).

Cette division des art. 2271 et 2272 paraît au premier coup d'œil suffire à tout. Néanmoins, elle laisse encore du vague. Nous avons vu au titre de la *prescription* les questions nombreuses auxquelles ils donnent lieu. Un mécanicien est-il un ouvrier (2)? Un chef d'atelier à tant par jour est-il au nombre des gens de travail (3)? En est-il de même d'un commis aux écritures (4)?

842. Dans le titre qui nous occupe, les mots ne sont plus employés dans une signification semblable, et la clarté du langage n'y gagne rien.

L'art. 1779, je le répète, appelle *gens de travail* tous ceux qui, domestiques, ouvriers, gens de peine, etc., engagent leurs services. Ordinairement ces mots ne sont pas pris dans cette acception.

De plus, la rubrique de notre section donne parmi eux le nom d'*ouvriers* à ceux qui ne sont pas domestiques. De telle sorte que le mot *ouvrier* prend ici un sens plus large que dans le titre de la prescription, et comprend tous les gens de travail, non-seulement les artisans, mais encore les hommes de peine. Il est vrai que dans les art. 1788, 1789, 1790, 1791, 1795, 1798, 1799, il ne s'applique qu'à des professions mécaniques, à peu près comme dans l'art. 2271. Mais il faut lui donner un sens plus étendu dans la rubrique de notre section, sans quoi elle serait incomplète.

Rien ne prouve mieux combien les définitions générales sont imparfaites.

843. Au reste, ce qui doit dominer dans notre sujet, c'est la distinction capitale entre les domestiques et les autres individus qui louent leurs services.

Les domestiques sont ceux qui sont attachés d'une manière particulière à la personne, au ménage, à la maison du maître. On les appelle domestiques parce qu'ils sont logés chez lui (5).

Tous ceux qui ne sont pas domestiques rentrent dans la catégorie des ouvriers, dont parle la rubrique de notre section.

Les ouvriers se divisent en deux classes : ceux qui louent leurs services à tant par jour, comme les moissonneurs, les vendangeurs, les terrassiers, les maçons, les charpentiers, les ouvriers de fabrique, etc., et ceux avec qui l'on convient d'un travail à faire, moyennant un prix fait. Ceux-ci contractent un louage d'ouvrage, appelé *marché*, et réglé par les art. 1787 et suiv. (6). Ceux-là, ordinairement connus sous le nom de journaliers, contractent plutôt un louage de services qu'un louage d'ouvrage (arg. de l'art. 1780). Leur condition est inférieure à celle des premiers. Toujours en présence du besoin, toujours sans certitude du lendemain, « ils sont, dit M. de Sismondi, « *sans intérêt dans l'art auquel ils travaillent*. Le bon « ou le mauvais sort des récoltes ne leur importe « point, et leur avantage est diamétralement opposé « à celui des hommes qui les emploient, car ils dési- « rent le haut prix de la main-d'œuvre et le bas prix « des denrées (7). » Ce qu'il y a de pis, c'est qu'ils n'ont même pas l'intelligence de comprendre (au moins dans les villes où tant de mauvaises passions pervertissent le bon sens) le grand intérêt qu'il y a pour eux à trouver dans le sein même de la classe ouvrière des travailleurs à la tâche ou à prix fait, qui répartissent l'ouvrage entre leurs mains et leur assurent l'emploi de leur temps. On les voit former des coalitions stupides contre ceux qui leur font gagner leur pain, dénigrer, sous le nom de *tâcherons*, ces hommes utiles, indispensables, qui leur servent d'intermédiaires pour trouver à s'occuper, s'indigner que le travail leur arrive par cette voie, sans voir que peut-être ils seraient pris au dépourvu, entre la faim et le désespoir, si une telle combinaison venait à leur manquer. Ah! que de préjugés déplorables règnent encore dans les classes inférieures où l'éducation n'a pas porté son flambeau! La fable de Ménénius Agrippa est cependant bien vieille!

Le projet de Code civil avait, du reste, placé bien bas la classe des journaliers, et il semble qu'il eût voulu donner une sanction à cette idée de M. de Sismondi, que l'homme de journée est indifférent au résultat de son travail. Car il voulait qu'il ne fût pas responsable de sa malfaçon (8). Cette idée fut repoussée par plusieurs cours, et elle devait l'être; tout homme doit répondre de ses actes; ce serait trop ravaler le journalier que de l'affranchir, comme la brute, de l'imputabilité de ses œuvres. Il a une raison et une conscience. Parlons à l'une et à l'autre pour exciter son émulation; évitons tout ce qui serait de nature à paralyser les mobiles de toute activité progressive.

844. La domesticité, autre classe vouée aux misères sociales, est dans les États libres celle qui rappelle le plus l'esclavage. Elle correspond à un besoin que la servitude est chargée de satisfaire chez les peuples où l'esclavage est établi. Elle est le degré inférieur de la société; car de toutes les conditions, c'est celle qui suppose le moins d'indépendance et d'industrie. Vivant dans la famille, elle n'en fait pas partie; elle est plutôt établie pour elle que dans elle, comme dit Montesquieu (9), et il est rare qu'elle cherche à se relever de son infériorité par le dévouement, l'affection, qui rehaussent les services les plus humbles.

On s'est étonné de la puissance du principe féodal, si habile à rendre attrayants des devoirs que l'opinion publique regarde comme abjects. Les pages et varlets de l'ancienne chevalerie n'avaient d'autre fonction que de faire l'office de domestiques auprès de la personne des hauts seigneurs féodaux; ils les accompagnaient partout, faisaient leurs messages, les servaient à table, leur versaient à boire, et cependant le titre de varlet n'avait rien que d'honorable. Ville-Hardouin, en parlant du jeune Alexis, héritier de l'empire d'Orient, ne le nomme que le *varlet de Constantinople*; des princes du sang sont qualifiés *varlets* dans un compte de la maison de Philippe le Bel (10). L'écuyer du corps, l'écuyer de la chambre, l'écuyer tranchant, l'écuyer de l'écurie, n'étaient que des serviteurs dont les emplois rappellent ceux des domestiques des grandes maisons. Mais savez-vous où était la différence? Dans le mobile, dans l'idée qui dominait ces serviteurs volontaires. Car l'idée est tout pour l'homme, et sa puissance transforme, si je puis parler ainsi, les actes matériels. Or, le plus noble sentiment de dévouement était au fond de ces services; ces services étaient un culte volontaire rendu à la gloire, à la vertu guerrière, à l'abnégation de soi-même, au patronage des

(1) N° 975.
(2) N° 956.
(3) N° 957.
(4) N° 958.
(5) V. *infr.*, n°s 861, 862.
(6) M. Duranton, *Louage*, n° 227.
(7) *Études sur l'Économie politique*, t. 1, p. 243.
(8) Art. 116 (Fenet, t. 2, p. 366, 367).
(9) Liv. 16, ch. 1.
(10) De 1313. Velly, t. 4, p. 8.

faibles, toutes choses personnifiées dans le chevalier. Aussi les fonctions domestiques dont nous parlons avaient-elles un relief inestimable; elles étaient un degré pour monter au *temple d'honneur* (1).

Ce que l'élément féodal avait fait pour la noblesse de chevalerie, la convention nationale, en un beau jour d'utopie, essaya de le ressusciter au profit de la démocratie moderne. Depuis longtemps la chevalerie était morte, et il ne restait rien du prestige des choses et des mots qu'elle avait créés. Les valets étaient tombés dans le mépris, même chez les grands; cette dénomination ne rappelait plus que la classe la plus vicieuse et la plus insolente dans la domesticité. Or donc, dans cet état de choses, il plut à la Convention de décréter (et ce n'est pas un de ses moindres actes de déraison) : « *La loi ne connaît pas de domestiques*; « il ne peut exister qu'un engagement *de soins et* « *de reconnaissance entre l'homme qui travaille et* « *l'homme qui l'emploie* (2). » Mais la Convention n'oubliait qu'une chose actuelle, c'est que c'est la faim qui recrute la domesticité, et que l'homme qui obéit au besoin et à l'intérêt ne saurait exiger un retour de sentiments affectueux qu'il n'apporte pas lui-même. Si la Convention, égale en puissance créatrice à la religion et à la féodalité, eût commencé par établir une congrégation de domestiques travaillant pour l'amour de Dieu, comme les saintes sœurs de la Charité, ou n'obéissant qu'à une idée humanitaire, comme la chevalerie, sa déclaration eût été logique, quoique parfaitement inutile. Car il n'y a pas besoin de décréter la reconnaissance envers ceux qu'un zèle sincère dévoue ainsi à l'humanité. Mais vouloir convertir en une sorte de relation platonique la domesticité, dont l'unique excitant est l'intérêt matériel dans tout ce qu'il a de plus urgent, c'était véritablement tomber dans un écart ridicule. Ce n'est pas avec de vaines déclarations de droits qu'on change la moralité des rapports sociaux.

845. Au reste, la classe domestique a participé pour quelque portion au progrès imprimé depuis quarante ans à toutes les conditions. Plus malheureuse encore par de mauvaises habitudes que par sa destinée, elle offre aujourd'hui de plus nombreux exemples de bons sentiments. On y connaît davantage tout le prix du travail et de l'économie. Les caisses d'épargne, et même le grand-livre, reçoivent les gages des domestiques rangés et prévoyants. Tous ceux qui sont parvenus à se créer ainsi un petit pécule, se montrent infiniment plus accessibles aux vertus de leur état. Car rien n'est puissant comme la propriété pour moraliser l'homme. D'un autre côté, l'autorité des maîtres s'adoucit; elle se plaît à procurer plus de bien-être à ceux qui la respectent. Les lois aussi déposent de leurs rigueurs, et l'on ne met plus au carcan les valets de chambre insolents (3). Sans doute nous ne sommes pas arrivés à l'âge d'or en cette matière; mais certainement il y a progrès, et l'amélioration irait plus vite si, de part et d'autre, on était bien convaincu de ces deux vérités, savoir, que les bons maîtres font les bons serviteurs (4), et que les bons serviteurs font les bons maîtres (5).

846. Quant à la législation civile qui gouverne la domesticité, les deux articles du Code que nous allons commenter ne font que rappeler les principes d'autrefois, sans y rien ajouter. Nous allons essayer d'en développer l'esprit avec quelques détails. Brillon (6) avait peur de souiller sa plume en traitant un tel sujet. « *Le meilleur de tout cela ne vaut pas ce que j'en dis.* » Mais Brillon, *écuyer* et conseiller au conseil *souverain de Dombes* (notez bien cela), et de plus ancien avocat au parlement, croyait trancher du talon rouge en le prenant sur ce ton de hauteur. Je crois qu'il aurait été trouvé fort ridicule par les gentilshommes de bon aloi, qui, comme Turenne, croyaient que la douceur envers leurs gens n'était pas incompatible avec l'autorité.

847. Et d'abord quelle est l'étendue du mot *domestique?* En quel sens est-il pris dans notre section?

J'ai examiné cette question dans mon Commentaire de la *Prescription* (7). Elle doit être résolue ici de la même manière. J'ajouterai quelques réflexions pour en donner de nouvelles preuves.

Autrefois le mot domestique n'avait par lui-même rien d'humiliant. Dans l'origine il ne se donnait même qu'à des personnes de haute distinction attachées au service des empereurs romains et des rois francs. Ammien Marcellin dit que lorsque Jovien fut élu empereur, il était *domesticorum ordinis primus* (8). Saint Arnould, évêque de Metz et l'un des personnages les plus considérables du royaume d'Austrasie, était avant son épiscopat *regiæ domesticus* et *consiliarius* (9); au témoignage du poëte Fortunat, la dignité de domestique était supérieure à celle de comte (10). Enfin, jusqu'à la chute de la monarchie absolue, en 1789, il y a eu des officiers du roi et des princes qui s'honoraient de porter ce nom (11). On le donnait à tous ceux qui possédaient des charges et des emplois dans la maison du roi. Quelle que fût leur naissance, on les appelait officiers commensaux et *domestiques* de la maison du roi (12).

Mais longtemps auparavant, les simples particuliers, qui toujours en France ont voulu singer la cour, crurent se donner du relief en appelant les employés de leur maison leurs *domestiques*. La Fontaine dit :

Tout petit prince a des ambassadeurs;
Tout marquis veut avoir des pages!

Ce ridicule n'est pas d'aujourd'hui; il n'est pas

(1) M. Lacurne de Sainte-Palaye. *Mémoire sur l'ancienne chevalerie.*

(2) *Déclar. des droits*, art. 18.

(3) Denizart, vo *Domestique.*

(4) Sur les rapports des maîtres et serviteurs, V. Bodin, liv. 1, ch. 5.

(5) M. Merlin a rapporté dans son Répert., vo *Domestiques*, les anciens règlements de police qui gouvernaient la classe des domestiques; ils sont en grande partie abrogés; le décret du 3 octobre 1810 et celui du 15 septembre 1813, qui soumettent les domestiques à une police particulière à Paris et dans les villes de 50,000 âmes et au-dessus, sont tombés en désuétude.

Du reste, les maîtres devront veiller à se faire représenter, par les domestiques qu'ils prendront à leur service, leur certificat de libération du service militaire, sans quoi ils pourraient s'exposer à être punis comme complices de recel de déserteurs.

La police des manufactures, fabriques, ateliers, est réglée par la loi du 22 germinal an XI, l'arrêté du 9 frimaire an XII, celui du 16 frimaire an IV et le décret du 3 janvier 1813. Voyez aussi les art. 414 et suiv. du Code pénal sur les coalitions d'ouvriers, domestiques, gens de travail, et la loi du 6 octobre 1791, t. 2, art. 19 et 20, sur le même sujet.

(6) V. *Laquais.*

(7) T. 2, no 975.

(8) Lib. 25.

(9) Ducange, vo *Domesticus*. Il parle aussi d'un Attila, *vir illustris ac regalis aulæ domesticus.*

(10) Lib. 7, *Carmin.*, 16.

(11) Brillon, vo *Domestique*, et C. Théod. et C. Just., *De domestic.*

(12) Brillon, *loc. cit.*, et vo *Commensaux.*

prêt non plus de finir. Dès lors le mot domestique dégénéra peu à peu de sa primitive acception. Il fut donné non-seulement à certaines personnes remplissant des offices libéraux dans les maisons des particuliers, tels que les bibliothécaires, les aumôniers, les secrétaires, les précepteurs (1), mais encore à ceux qui se louaient pour rendre au maître les services les plus bas.

Telle était donc, dans l'ancien régime, la valeur du mot domestique ; il s'appliquait à trois positions bien distinctes ; 1° aux officiers et dignitaires de la maison du roi, et se prenait alors dans le sens le plus noble ; 2° aux employés occupant chez les particuliers des emplois honorables ; quoique le sens du mot perdît ici de son prestige, il avait encore quelque chose de relevé ; 3° enfin aux individus dont les humbles services supposent une entière dépendance.

848. Aujourd'hui, ce mot a perdu toutes ses acceptions relevées : il ne sert plus qu'à désigner ceux qui rendent à la personne du maître des offices subalternes, et on ne l'applique pas sans un esprit d'injure et de dénigrement, soit aux officiers de la maison du roi, soit aux bibliothécaires, secrétaires, etc., etc., des particuliers. La langue s'est modifiée avec les mœurs ; en même temps que l'éducation a égalisé les rangs et rapproché les distances, une délicate susceptibilité de langage a craint qu'il n'y eût quelque chose de messéant à englober sous la même expression des personnes distinguées par la culture de leur intelligence, et d'autres dont l'emploi exclut les nobles tendances de l'esprit ; ainsi, la langue est devenue un peu plus aristocratique en regardant en bas, et un peu plus démocratique en regardant en haut.

Or ces transformations du langage usuel ont nécessairement influé sur le langage des lois. La loi du 27 août-2 septembre 1792, se plaçant au point de vue politique, au point de vue électoral, n'exclut des assemblées politiques, pour cause de domesticité, que ceux *qui sont attachés au service habituel des personnes* ; elle déclare que le droit de suffrage ne doit pas être contesté à ceux dont les travaux ordinaires s'appliquent à l'industrie, au commerce, à l'agriculture.

Déjà la loi du 19-20 avril 1790 (art. 7) avait retranché de la domesticité les *intendants*, les *régisseurs*, les *ci-devant feudistes*, les *secrétaires*, les charretiers ou *maîtres-valets de labour*.

Enfin, l'on a fait remarquer avec raison (2), que le décret du 3 octobre 1810, relatif à la police des domestiques à Paris, montre si bien que cette dénomination ne s'applique plus aux intendants, que l'article pénultième les charge de remplacer les maîtres dans l'accomplissement de certaines formalités.

Quand donc notre section parle des domestiques, elle ne s'adresse qu'à ceux qui sont domestiques dans le sens vulgaire et habituel que le mot a pris depuis quarante ans.

Ainsi, elle reste étrangère aux secrétaires, aux clercs d'avoués ou d'huissiers qui logent chez le patron et mangent à sa table (3), aux élèves en pharmacie, aux commis marchands, aux aumôniers, aux précepteurs, aux bibliothécaires (4). Ces observations ne doivent pas être perdues de vue. Car nous verrons bientôt que l'art. 1781 contient des dispositions contraires au droit commun (5), et qu'il faut le renfermer dans son objet spécial. C'est pour cela qu'il était indispensable de se faire des idées justes sur la classe de personnes qu'il a en vue.

849. Passons maintenant aux autres points de vue juridiques que nous offrent les art. 1780 et 1781.

Et d'abord comment se forme le louage des domestiques et ouvriers ?

Ce contrat se conclut presque toujours verbalement. « Mais, dit M. Henrion de Pansey (6), pour « que la convention soit regardée comme parfaite, il « faut, d'après un usage qui paraît général, que le « domestique ait reçu des arrhes. Autrement il est « autorisé à dire, et le maître a la même faculté, que « l'engagement simplement projeté n'était pas en« core obligatoire. Le parlement de Paris l'a ainsi « jugé. En 1726, le nommé Martin s'était engagé au « service d'un sieur Guyot pour l'espace d'une an« née, à commencer à la Saint-Jean, et ne s'étant pas « présenté au jour convenu, le sieur Guyot le fit as« signer. Martin répondit qu'il n'avait pas reçu « d'arrhes. Le premier juge l'avait condamné aux « dommages et intérêts ; mais le parlement mit les « parties hors de cour, en affirmant pour Martin qu'il « n'avait point reçu d'arrhes, dépens compensés. Ar« rêt du 15 septembre 1728.

« Dans certains pays, la tradition des arrhes ne con« somme l'engagement qu'après le laps de vingt-qua« tre heures. Pendant ce délai, il est libre au domes« tique de le rendre. »

Ces arrhes ne s'imputent pas sur le prix ; ce sont des arrhes symboliques ou *denier à Dieu* (7). C'est un don fait aux domestiques.

850. Du reste, il n'est pas d'usage de donner le denier à Dieu aux ouvriers, aux gens de peine, aux journaliers. Dans le temps des moissons ou des foins, il y a ordinairement au bourg le plus voisin une assemblée de journaliers qui se réunissent sur la place publique pour se louer. Les fermiers des environs se rendent chaque jour, de grand matin, à cette assemblée, qu'on appelle la louée, et engagent suivant le prix courant, et pour la journée, le nombre d'ouvriers qui leur est nécessaire. Aussitôt le marché conclu, les journaliers partent et se mettent à l'ouvrage, et la convention prend fin avec la journée. On voit que cet usage est surtout exclusif des arrhes.

851. Lorsque le louage de services ou d'ouvrage ne met pas en jeu un intérêt de plus de 150 fr., la preuve peut s'en faire par témoins. Ici ne s'applique pas l'art. 1715, comme nous l'avons établi au n° 110.

Pour décider si l'objet du contrat est d'une valeur inférieure ou supérieure à 150 fr., il faut calculer tout ce que le locataire devra au locateur à la fin du bail ; il faut additionner toutes les sommes auxquelles s'élève le prix du bail pour toute sa durée (8) ; et, malgré la répartition de la somme totale en diverses échéances, il n'y a qu'une seule et même stipulation. *Unica est stipulatio*, dit Pomponius (9).

Ainsi je promets à mon valet de chambre, que j'ai

(1) Denizart, v° *Domestique*. Arrêt du parlement de Paris, du 12 mai 1739, sur les conclusions de M. Joly de Fleury. M. Henrion, *Compét.*, ch. 30.

(2) M. Duvergier, *Louage*, t. 2. n° 278.

(3) Mon Comm. de la *Prescription*, n° 975. Je cite les arrêts.

(4) *Loc. cit. Junge* M. Duvergier, qui s'est rangé à mon opinion (t. 2, n° 278).

(5) M. Toullier, t. 10, n° 448. *Infr.*, nos 884 et 887.

(6) *Compét.*, ch. 30.

(7) Mon Comm. de la *Vente*, n° 139, en note. M. Duranton, *Louage*, n° 233. M. Duvergier, t. 1, n° 50, et t. 2, n° 283.

(8) Boiceau et Danty, de la *Preuve*, ch. 14, nos 5 et suiv., p. 305.

(9) D. *De verb. oblig.*

gagé pour un an, de lui donner 50 fr. par mois. La preuve ne sera pas admissible parce que la somme totale s'élève à 600 fr.

De même, si vous avez engagé une servante de basse-cour pour trois ans à 60 fr. par an, la totalité de la somme étant de 180 fr., il n'y aura pas lieu à faire la preuve testimoniale.

852. Voyons maintenant quelle peut être la plus longue durée du louage de services.

L'art. 1780 porte: « On ne peut engager ses services qu'à temps ou pour une entreprise déterminée. »

Cette disposition est l'écho des anciens principes (1). Elle a voulu répéter ce vieil adage: *Nemo potest locare opus in perpetuum*. Son but a été de protéger la liberté individuelle contre de téméraires engagements (2). Elle a craint que, sous couleur d'un louage perpétuel, un homme ne se réduisît en une sorte d'esclavage, et elle s'est rappelé ces belles paroles de Papinien: *Jus libertatis non debet infringi* (3). C'est dans cette pensée que l'art. 15 de la déclaration des droits qui précède la constitution du 5 fructidor an III, avait dit: « Tout homme peut engager son « *temps* et ses *services*. Mais il ne peut se vendre ni « être vendu; sa personne n'est pas une propriété « aliénable. » Ainsi donc le louage des services de même que le louage des choses (4) ne peut être perpétuel; il doit être fait pour un certain temps.

Et quand je parle de perpétuité, il est bien entendu que je ne prends pas ce mot dans un sens absolu. Je ne lui donne qu'un sens relatif. Ainsi une personne qui louerait ses services à tant par an, pour toute sa vie, ferait un louage à perpétuité dans le sens de l'art. 1780.

Si même le temps stipulé était tellement long qu'il pût équivaloir à une aliénation de la liberté, bien qu'il ne comprît pas la vie entière du locateur, les juges pourraient rompre un tel engagement. Dans ses observations sur le projet de Code, la cour d'appel de Lyon l'entendait ainsi. « Sans cela, disait-elle, on « pourrait faire contracter à un jeune homme de « vingt et un ans un engagement de soixante et dix- « huit ans, et le soutenir valable, sur le fondement « que la loi répute la vie humaine de cent ans (5). » Du reste, la loi s'en rapporte à cet égard à la prudence des magistrats pour discerner la limite qui sépare l'abus de l'usage légitime (6).

853. Mais ici se présentent deux graves questions.

Et d'abord, l'art. 1780 est-il tellement d'ordre public qu'il puisse être invoqué non-seulement par le domestique, mais encore par le maître?

De plus, celui qui prétend se soustraire à l'exécution des services est-il passible de dommages et intérêts?

Dans l'ancienne jurisprudence, on pensait en général que la nullité de l'engagement était purement relative; quelques-uns croyaient aussi que celui qui demandait cette nullité devait indemniser la partie adverse. La cour d'appel de Lyon était tellement imbue de cette idée, que, dans ses observations sur le projet de Code, elle disait: « Un individu libre, quel- « que engagement de travail qu'il ait contracté, ne « peut jamais être contraint personnellement à son « exécution. *Tout se réduit à une indemnité, s'il « n'exécute pas son engagement.* Les articles suivants « prouvent que c'est l'esprit du Code. On propose d'a- « jouter à la fin de l'article: *L'inexécution d'un pa- « reil engagement se résout en dommages et inté- « rêts* (7). »

On a prétendu que c'est également en ce sens que M. Mouricault, chargé d'exposer au tribunat l'art. 1780, entendait cette disposition, et l'on se prévaut de ce passage de son discours: « Il était conve- « nable de consacrer de nouveau le principe de la « liberté individuelle; c'est ce que fait le projet en « statuant qu'on ne peut engager ses services qu'à « temps, ou pour une entreprise déterminée. *Il ré- « sulte encore du principe cette conséquence que l'enga- « gement, s'il n'est pas exécuté, se résout en domma- « ges et intérêts* (8); » mais je ne pense pas que tel soit le véritable sens des paroles de M. Mouricault. Son but est d'exposer ce double privilége de la liberté individuelle: 1° de ne pouvoir être engagée à perpétuité; 2° de ne pouvoir être *cogi ad factum*, quand même elle serait engagée à temps. Ce sont là deux points de vue distincts.

Quoi qu'il en soit, revenons à l'ancienne jurisprudence, dont je crois utile de donner ici un monument curieux. C'est une espèce intéressante retracée par un savant jurisconsulte du parlement de Grenoble, Expilly (9). Je rapporte les faits et la discussion dans leur entier; car j'aurai occasion d'y revenir plus tard (10).

« Laurans Grégoire, natif et habitant de la ville de Romans, horloger de son métier, est convié par les consuls et habitants de la ville de Grenoble de vouloir quitter le lieu de sa naissance et venir habiter parmi eux, pour avoir charge de conduire un horloge fait naguère sur la tour du pont avec beaucoup de depense. Il y vint avec sa famille, et contracta avec lesdits consuls l'an 1573, s'obligeant de *demeurer et habiter en ladite ville, et conduire. non-seulement l'horloge du pont, mais aussi de Saint-André, de Notre-Dame et du Palais, moyennant quelques gages et franchises* (11). Il arriva sur la fin de l'an 1590, que la tour du pont fut battue et abattue à coups de canon, lorsque le sieur Lesdiguières tenait la ville de Grenoble assiégée, laquelle il prit depuis par capitulation; et par cette batterie l'horloge chut avec la tour et se mit en pièces. Quelques années après, lesdits consuls et habitants firent redresser cette tour, ramassèrent les pièces de l'horloge et les firent raccommoder et rhabiller ce qui était gâté, avec plus de façon, d'artifice et d'ornement qu'auparavant. Il fut question de savoir qui en aurait la conduite et gouvernement.

« L'ouvrier qui l'avait raccommodé le demandait. Laurans Grégoire soutenait qu'elle lui appartenait par son contrat, et demandait en outre les arrérages de ses gages. Les consuls désiraient de retenir l'ouvrier, voyant Grégoire jà vieil et cassé, qui ne pou-

(1) Despeisses, *Louage*, sect. 2, n° 6. Expilly, 2e plaidoyer. Argument de la loi 71, § 1, D. *De cond. et demonstr.* Déclar. des droits qui précèdent les constit. des 24 juin 1793 et 5 fructidor an III, art. 15.

(2) Mouricault (Fenet, t. 14, p. 339). Locré, t. 7, p. 205, n° 17.

(3) Loi précitée.

(4) Art. 1709, *supr.*

(5) Fenet, t. 4. p. 209.

(6) M. Delvincourt, t. 3, p. 210; in-8°, t. 7, p. 263, note, et, d'après lui, M. Duranton, *Louage*, n° 226; M. Duvergier, t. 2, n° 284. M. Zachariæ, t. 3, p. 34 et 35.

(7) Fenet, t. 4, p. 209.

(8) Id., p. 339.

(9) Plaid. 3.

(10) *Infr.*, n° 880.

(11) Ainsi le contrat était pour un temps indéfini. L'engagement n'était pas à temps. C'est, du reste, ce qui n'était pas contesté.

vait plus guère être utile, et néanmoins lui offraient les mêmes gages et arrérages; ou s'il ne voulait départir de son bail, lui demandaient caution, répondant qu'il conduirait et gouvernerait bien l'horloge. Grégoire ne se veut départir de son bail et soutient n'être tenu à caution. »

Là-dessus Expilly fait l'histoire des heures et des horloges; il passe en revue la fable et l'antiquité, Babylone, la Grèce, l'Italie, la Judée et même la Chine; puis il arrive à maître Grégoire, et la première question à examiner après ces digressions scientifiques, c'est de savoir si l'horloge qui a fait le sujet de son contrat ayant été détruite, et une nouvelle ayant été faite, on doit lui en laisser la conduite.

« Mais on lui oppose (dit Expilly) que le premier horloge qu'il avait à conduire est rompu, que celui-ci en est un tout nouveau, et partant qu'il ne peut prétendre que par son contrat on soit tenu de le lui laisser conduire. Pour cela, il y a le texte in l. *Qui tamen*, § *in navic*. D. *Quib. mod. ususf. amitt.* dans lequel il s'agit d'une maison dont l'usufruit est légué; si elle vient à être démolie, et puis refaite, *licet ex iisdem cæmentis lignisque*, l'usufruit est éteint.

« Ces textes et autorités semblent condamner le demandeur.

« Toutefois nous sommes de contraire avis, et loin des termes et textes sus-allégués, laissant à part ce qu'on dit du navire de Thesée, qui fut conservé à Athènes jusqu'au temps de Démétrius Phaléréus, par le moyen de nouvelles pièces qu'on y ajoutait au lieu des pourries, comme on fait encore aujourd'hui à Séville pour la navire appelée *Vittoria*, qui a fait le tour du monde, étant estimée la même, bien que refaite de nouvelles tables. Nous disons que, puisque les consuls ont ramassé les pièces de l'horloge, *ex mente et consilio* de le rétablir, qu'en ce cas c'est le même horloge qui fut baillé à conduire au demandeur. Le texte y est formel en cette loi *Qui res*, § *fin.*, *De solut.* l. 76, D. *De judi.* » Aussi est-ce l'opinion d'Hottoman dans la question susdite. Or, cet horloge est le même corps ramassé et recueilli pour être rétabli, et sur lieu et place accoutumés; et par conséquent, la première obligation demeure : *ce qui sert de distinction aux textes cités au contraire.*

« On oppose encore (et c'est ici que l'espèce rentre dans notre question) que le contrat ne peut être perpétuel. *Nemo potest locare opus in perpetuum, L. Titio centum.* § *Titio centum* D. *de cond. et duce.*

« A cela deux réponses (c'est toujours Expilly qui parle) :

« *L'une que la loi est faite en faveur de celui* QUI LOCAVIT OPERAS... A savoir, que *contre le droit de sa liberté il ne puisse demeurer asservi*, S'IL NE VEUT; *mais s'il veut*, NUL NE PEUT L'EMPÊCHER. (Guid. Papa, quest. 5, n° 16.)

« Et de là se tire l'autre réponse, prise de la Glos. en l. D. *de usuf.*, laquelle dit que : *Quis locare potest operas in perpetuum, sed resilire potest præstando interesse* : tellement que Grégoire se pourrait dédire du contrat, mais en payant les dommages et intérêts des consuls.

« La dernière question est, si on lui peut demander caution. A la vérité, si le demandeur et les défendeurs contractaient seulement aujourd'hui, peut-être serions-nous de cet avis. Mais il y a trente ans et davantage que le contrat est fait, et c'est hors de temps et de saison de demander cette caution; le droit ne le permet. D'ailleurs quand un homme est idoine, *præsumptione juris non tenetur dare fidejussorem*. Or, la présomption est que le demandeur est idoine et capable de son métier.

« Et de le vouloir faire retirer sous prétexte de son âge, c'est un mauvais exemple pour les serviteurs de la ville, que devenus vieux ils seront chassés comme les valets de Caton, ou le chien envieilli chez Ésope. »

Par arrêt du 8 avril 1604, ces conclusions furent adoptées et le contrat fut maintenu.

Ainsi il fut jugé :

1° Que l'horloge était la même que celle que les guerres civiles avaient renversée; qu'ainsi il n'y avait pas une de ces destructions qui mettent fin au contrat, *interitu rei*.

2° Que l'on ne pouvait aggraver les obligations de l'ouvrier, sous prétexte de son âge, alors que rien ne prouvait que son aptitude fût diminuée.

3° Enfin (et c'est ici le point spécial qui nous occupe pour le moment), que les consuls de Grenoble n'étaient pas recevables à se plaindre de la perpétuité du contrat; que l'ouvrier seul aurait pu élever la voix à cet égard.

854. La question s'est représentée sous le Code civil; d'autres idées ont prévalu jusqu'à présent. Un arrêt de la cour de Bordeaux, du 23 janvier 1827 (1), a jugé que la nature de l'engagement est tellement radicale qu'elle peut être invoquée par les deux parties, et que le contrat est de la nature de ces conventions illicites qui excluent toute espèce de dommages et intérêts.

Dans l'espèce de cet arrêt, Jeanne Bernard avait pris l'engagement de servir Jean de Gorce et ses deux filles, pendant toute sa vie; il était stipulé qu'en cas d'incompatibilité entre Jeanne Bernard et les demoiselle de Gorce, celles-ci seraient obligées, à la mort de leur père, de lui fournir une chambre, la nourriture et les habits, tandis que, de son côté, elle s'obligeait à ne travailler que pour de Gorce et ses filles.

Sur la demande des demoiselles de Gorce, la stipulation fut déclarée nulle, et prohibée par l'article 1780 du Code civil.

Telle est aussi l'opinion de MM. Duranton (2), Zachariæ (3), et Duvergier (4).

855. Quant à moi, je n'hésite pas, sur la question des dommages et intérêts, à me ranger à l'arrêt de Bordeaux. Il est évident qu'il ne peut y avoir matière à dommages dans l'inexécution d'un engagement que la loi dispense de tenir.

En effet, on remarquera d'abord que l'amendement proposé par la cour d'appel de Lyon n'a pas été inséré dans le Code. Quant à l'autorité de la glose citée par Expilly, elle n'a pu arriver au sentiment contraire à celui que nous adoptons qu'en renversant la règle de droit : *Nemo potest locare opus in perpetuum*, et en disant : *Quis locare potest operas in perpetuum, sed resilire potest præstando interesse*. Ce qui équivaut à dire qu'un louage perpétuel de services doit être assimilé de tout point à un louage temporaire; car il est toujours permis de s'affranchir, même des services temporaires, par des dommages et intérêts, d'après la règle : *Nemo potest præcisè cogi ad factum*.

856. Mais sur l'autre question qui consiste à savoir si la nullité est réciproque, je confesse que je préfère sans hésitation l'opinion d'Expilly et l'arrêt du parlement de Grenoble du 8 avril 1604.

Vainement on parle de liberté à protéger, d'utilité

(1) D., 37, 2, 181. S., 27, 2, 91.
(2) T. 17, n° 226.
(3) T. 3, p. 35.
(4) T. 2, nos 285 et 286.

publique, etc. Ces grands intérêts me paraissent hors du débat. Sans doute, ils ont préoccupé l'esprit du législateur, lorsque, voulant venir au secours de la liberté individuelle (1), il a édicté l'art. 1780. Mais dès l'instant que le contrat de services perpétuels a été par lui déclaré réductible, dès l'instant que le serviteur est toujours armé du droit de demander son affranchissement, par quelle étrange confusion vient-on parler de liberté menacée, d'ordre public attaqué, grandes choses fort étonnées de se trouver en si petite place? Quoi! vous redoutez le retour de l'esclavage au préjudice de celui qui n'a qu'à ouvrir la bouche pour échapper à son engagement; vous craignez pour sa liberté compromise, alors qu'il n'aura pas un sou de rançon à payer pour porter ailleurs sa personne et ses services! Et comment ne faites-vous pas attention que, par cela seul que le droit de résolution sans indemnité est sous-entendu au profit de celui qui a souscrit l'engagement (2), l'ordre public n'a plus d'inquiétude à avoir, et la liberté est sauve!

Est-ce que vous voudriez par hasard que le professeur nommé à vie, que le magistrat inamovible (qu'on me permette ces rapprochements empruntés à une autre matière), que l'officier général, le pair de France, aient aliéné leur liberté individuelle, parce qu'ils se sont engagés dans des services publics qui doivent durer autant que leur vie? Non sans doute, car ils peuvent donner leur démission. Il est donc évident que quand vous mettez dans la bouche du maître, demandeur en nullité, toutes ces paroles de tendresse pour la dignité de l'homme et la liberté de ses œuvres, vous faites les plus singuliers quiproquo. Le serviteur répondra tout bonnement à ce verbiage sentimental : « Mais de quoi vous plaignez-vous, « quand je ne me plains pas? Vous dites que je ne suis « pas libre; la preuve que je le suis, c'est que je n'aurais qu'un mot à dire pour vous échapper, si vous « vouliez me retenir; c'est que je puis vous demander « mon congé quand il me plaira; voilà, certes, un « terrible esclavage! Calmez donc vos remords de « conscience. Cessez de vous accuser d'avoir fait la « traite. Je suis libre et content de mon état. »

On se place donc dans le faux, quand on raisonne comme les jurisconsultes que je combats.

Et, ce qui n'est pas moins grave, on commet une injustice criante contre ceux qu'on a l'air de vouloir protéger; on leur arrache leur pain sous prétexte de leur rendre la liberté!

Voilà, en effet, un domestique qui s'est engagé, sa vie durant, chez tel particulier; il a consacré sa jeunesse à son service, il a fait ses efforts pour remplir ses devoirs; aucun reproche ne lui est adressé, et le maître viendra un beau jour se parer des couleurs mensongères du bien public pour jeter ce fidèle serviteur hors de chez lui, et cela au mépris de ses engagements! il pourra le laisser sans moyens de subsistance (3)! L'humanité se refuse à ces résultats; il faudrait bien aussi la compter pour quelque chose.

Tenons donc pour constant que l'article 1780 n'est fait qu'en faveur du serviteur. N'abandonnons pas, pour des raisons aussi frivoles, cette doctrine de nos savants maîtres.

857. Cette erreur n'est pas la seule à laquelle ait donné lieu l'art. 1780. La cour royale de Paris a été jusqu'à croire que, non-seulement le serviteur ne peut engager ses services pour sa vie, mais même que le maître ne peut s'obliger à garder, sa vie durant, un domestique.

En 1821, Delaubespine, âgé de soixante et quinze ans, voulut reprendre à son service les époux Doucet, qui avaient été ses domestiques pendant quatorze ans. Pour les déterminer à quitter un petit établissement qu'ils avaient formé, il consentit, par acte devant notaire, à les *prendre à son service pendant toute sa vie*, à la charge d'un salaire annuel et d'une rente viagère de 300 fr., qui devait prendre cours à son décès. En 1825, Delaubespine vint se fixer à Paris, *laissant*, dit l'arrêtiste, *les époux Doucet sans moyen de subsistance*.

Ceux-ci demandèrent la résolution du contrat et 20,000 fr. de dommages et intérêts. Jugement par défaut qui accueillit cette demande.

Sur l'appel, Delaubespine prétendait que le contrat était nul, d'une nullité d'ordre public, violant l'art. 1780 du Code civil, et soutenait que sa liberté individuelle était engagée.

La cour, par son arrêt du 20 juin 1826 (4), considéra que l'art. 1780 du Code civil ne permettant l'engager ses services qu'à temps ou pour une entreprise déterminée, on doit en conclure que le maître ne peut pas non plus se lier à l'égard du domestique par un engagement irrésoluble, durant toute sa vie. Elle considéra cependant que la résolution de l'engagement témérairement contracté par le maître peut et doit le rendre passible de payer à son domestique une indemnité, s'il en résulte pour lui du dommage. Elle condamna en conséquence Delaubespine à des dommages et intérêts.

Cet arrêt implique contradiction évidente.

Si l'engagement du maître eût été nul, de la nullité prohibitive contenue dans l'art. 1780, il ne devait pas être condamné à des dommages et intérêts. *Nemo damnum dat qui jure suo utitur.* Mais il est évident que cet engagement n'avait rien de contraire à la liberté; le maître ne s'imposait pas l'obligation précise de faire telle ou telle chose; il ne s'astreignait qu'à une charge, sa vie durant; charge dont il pouvait même s'affranchir en payant une indemnité. Et, d'ailleurs, dans les matières prohibitives, est-ce qu'il est permis de torturer les textes et d'ajouter à leurs dispositions? Où a-t-on vu que l'article 1780 parle non-seulement de celui qui rend des services, mais encore de celui qui les reçoit? Où est la loi qui défend de se rendre locataire à vie d'une industrie, comme on se rend locataire d'une ferme? Qu'on ne puisse pas se rendre locateur perpétuel d'ouvrages, l'art. 1780 le dit en termes exprès; mais, à l'égard du locataire, où est la possibilité de se placer hors du droit commun? Direz-vous, par exemple, que celui qui loue une maison par bail à vie, aliène par là sa liberté? Est-ce qu'il ne lui est pas permis d'aller habiter ailleurs, sauf à payer le loyer? Et ce locataire d'ouvrage, est-ce qu'il ne peut pas se faire servir par d'autres domestiques, à la condition de tenir ses engagements pécuniaires à l'égard de ceux qu'il a pris à son service jusqu'à sa mort?

---

(1) Cujas disait : « Modus quicumque impugnat publicam utilitatem, *veluti libertatem, quæ publica res est, cujus vindicta « omnes respicit,* remittitur semper. *Ex leg.* 2. S., *Tractari*. D., ad s. c. *Trebell.* (sur les quest. de Papin., lib. 17, loi 71. D. *De cond. et demonstr.*).

(2) On sait qu'un contrat peut être soumis à une condition résolutoire potestative, et notamment le bail (l. 4, D. *Loc. cond.*). M. Toullier, t. 6, n° 497. Mon Comm. de la *Vente*, n° 61. V. *supr.*, n° 471, deux exemples.

(3) V. l'espèce jugée par un arrêt de Paris du 20 juin 1826, que je rapporte au numéro suivant.

(4) D., 27, 2, 9. S., 27, 2, 53. Palais, t. 77, p. 509.

858. Quant au louage de services pour une entreprise déterminée, il faut bien comprendre ce que l'art. 1780 a voulu exprimer lorsqu'il a dit : « On ne « peut engager ses services qu'à temps, ou *pour une « entreprise déterminée.* »

Qu'est-ce qu'une entreprise déterminée?

D'abord, le sens littéral de ces mots s'oppose à ce qu'on les applique à celui qui est chargé de tel ou tel office, de tel ou tel service, auprès de la personne, quand même cet office et ce service seraient déterminés par leur objet. Ainsi, celui qui loue ses services pour conduire votre voiture, pour vous servir comme cuisinier, comme valet de chambre, ne se loue pas pour une entreprise déterminée. Ces services sont sans doute déterminés, quant à leur objet, mais ils ne sont pas une entreprise. On entend par entreprise un travail manuel d'ouvrier à exécuter, comme, par exemple, creuser tant de mètres de fossés, extraire d'une carrière tant de mètres de pierres.

Pour qu'un tel travail soit déterminé, il ne suffit pas qu'il soit défini quant à son objet. Ainsi, faire mon jardin, faire les travaux de terrassement de ma terre, soigner l'horloge de la paroisse (1), ce n'est pas là l'ouvrage déterminé dont parle l'art. 1780; car ces travaux sont sans fin; une durée conventionnelle ne les limite pas à un certain temps; ils sont de nature à se répéter à perpétuité. Ils ne sont donc pas déterminés. Pour être tels, il faut qu'ils aient un terme fixe, résultant, sinon de la convention, au moins de la nature des choses.

Ainsi, vous me louez vos services pour faire un terrassement de tant de mètres de longueur et de hauteur; voilà un ouvrage déterminé. Son terme se trouve dans l'étendue du travail.

Vous vous engagez à extraire de ma carrière tant de charretées de pierres; c'est encore là un travail déterminé. Le nombre de charretées convenu donne la durée du contrat.

859. Mais si le travail, quoique déterminé, était tellement considérable qu'il dût absorber bien plus de temps que la vie du locateur, ce dernier pourrait-il faire résoudre le contrat? Par exemple, vous avez fait marché avec Pierre, à tant par jour, pour qu'il fasse lui-même l'extraction de tous les marbres de votre carrière, dont l'étendue est assez grande pour que ce travail puisse épuiser la vie d'une génération : Pierre aura-t-il le droit de vous opposer la règle: *Nemo locat opus in perpetuum?*

Si Pierre était un véritable entrepreneur, je répondrais avec assurance que non. Car l'art. 1780 n'est fait que pour les domestiques et *ouvriers*, et non pour les entrepreneurs à prix fait, dont la condition est réglée par les art. 1787 et suiv. Pierre a pu se faire remplacer à la tâche, se donner des auxiliaires, sous-bailler l'entreprise, etc., etc. Il a fait une spéculation dont il doit subir les chances.

Mais si Pierre est un simple journalier, obligé de travailler par lui-même, la question est plus délicate. Car, d'une part, on sent qu'il y a là engagement de services perpétuels, et de l'autre on est arrêté par le texte de l'art 1780, qui semble ratifier toute convention pour un ouvrage déterminé.

Toutefois, je pense avec M. Duranton (2) et M. Zachariæ (3), qu'une telle entreprise devrait être assimilée à un travail sans terme; car la durée en est tellement longue, d'après les probabilités, elle exige un travail tellement au-dessus des forces et de la vie d'un seul homme, qu'on doit le ranger dans la classe des ouvrages indéterminés.

860. Nous savons maintenant à quoi nous en tenir sur la plus longue durée du louage de services.

Du reste, en nous renfermant dans le cercle de la durée légale, nous dirons que cette durée peut être fixée, soit par la convention, soit par l'usage des lieux, soit encore par l'étendue du travail (4).

861. Ainsi, les domestiques employés aux travaux de la campagne, tels que vignerons, serviteurs de labour, servantes de basse-cour, sont censés loués à l'année, d'après l'usage général; le maître s'engage à les garder un an, et ils s'engagent réciproquement à rester auprès de lui pendant le même temps. Cet usage est fondé sur la nécessité de conduire à fin les travaux de l'agriculture (5).

C'est ce que décidait l'art. 113 du projet de Code civil soumis aux cours d'appel (6).

« Les domestiques attachés à la culture, les ser« vantes de cour, les ouvriers artistes ne peuvent ni « quitter leurs maîtres, ni être renvoyés par eux avant « le temps convenu *que pour cause grave.* »

Pour organiser cette disposition, le projet portait deux articles, que nous allons rappeler tout de suite, pour ne pas interrompre la liaison des idées de ses rédacteurs. Nous aurons occasion d'y recourir plus tard. Il est donc utile de s'en bien pénétrer.

Art. 114 : « Si, hors le cas de cause grave, le maî« tre renvoie son domestique ou son ouvrier avant le « temps convenu, il doit lui payer le salaire entier « de l'année, ou du temps pour lequel il l'a loué, *dé« duction faite de la somme que le domestique ou l'ou« vrier pourra raisemblablement gagner ailleurs, « pendant le temps qui reste à courir.* » On verra tout à l'heure que ce projet d'article reproduisait une opinion de Pothier (7).

Art. 115 : « Si c'est le domestique ou l'ouvrier qui « quitte sans cause légitime, il doit être condamné « envers le maître à une indemnité qui est fixée sur « ce qu'il en coûte de plus au maître pour obtenir « d'un autre les mêmes services. »

Ces dispositions n'eurent pas l'approbation de la cour d'appel de Nancy, qui proposa de fondre ces articles en un seul et de le rédiger de la manière suivante :

« Les domestiques et ouvriers à gages ne peuvent « quitter leurs maîtres, *sans cause grave*, avant le « temps convenu, à peine de payer la moitié des gages « par forme d'indemnité; à l'effet de quoi les maîtres « seront autorisés *à retenir les effets des domestiques « et ouvriers.*

« Ils peuvent être renvoyés, en leur payant seule« ment leurs gages jusqu'à leur sortie; mais dans ce « cas-là, si le domestique ou l'ouvrier l'exige, le maî« tre sera tenu d'affirmer devant le juge de paix qu'il « a de justes causes, et s'il ne pouvait prêter cette « affirmation, *il payera la moitié des gages à titre « d'indemnité* (8). »

Ni cet amendement, ni les articles primitifs du Code n'ont été reproduits dans la rédaction définitive. J'ignore quel motif positif a déterminé le conseil d'État à cette prétérition. Peut-être que, ne pouvant concilier deux systèmes qui pouvaient l'un et l'autre se défendre par l'usage, il a mieux aimé ne donner la préfé-

(1) *Supr.*, n° 853.
(2) *Louage*, n° 226; t. 3, p. 35.
(3) *Junge* M. Duvergier, n° 284.
(4) M. Zachariæ, t. 3, p. 35. M. Duvergier, t. 2, n° 207.
(5) M. Duranton, *Louage*, n° 229. M. Duvergier, t. 2, n° 287.
(6) Fenet, t. 2, p. 366, 367.
(7) *Infr.*, n° 869.
(8) Fenet, t. 4, p. 616.

rence exclusive à aucun. Quoi qu'il en soit, nous examinerons plus tard, aux numéros 867 et suivants, ce que doit faire la jurisprudence pour suppléer au silence de la loi.

Nous venons de voir le contrat de louage de services finir par l'expiration du temps présumé nécessaire pour l'accomplissement de l'ouvrage, c'est-à-dire une année. Mais quand le domestique est loué pour un travail déterminé, le contrat cesse quand l'ouvrage est fini. Ainsi, les moissonneurs et vendangeurs loués à tant par jour, ne sont engagés que pour le temps que durent la moisson et la vendange.

862. Les domestiques de ville, quoique loués à tant par an, ne sont pas censés être engagés pour un an (1). L'année n'est prise en considération que pour la fixation des gages; il en est de même des jardiniers (2). Quant à l'engagement en lui-même il est indéfini, sauf le droit de resiliation (3). C'est ce que portait l'art. 112 du projet de Code civil soumis aux cours d'appel, et dont il y a lieu de s'étonner que la disposition n'ait pas été reproduite dans la rédaction définitive :

« Les domestiques attachés à la personne du maître ou au service des maisons, peuvent être renvoyés en tout temps, sans expression de cause, et peuvent de même quitter leur maître (4) ».

863. Dans cet état de choses, il est donc certain que l'engagement de tels domestiques a lieu indéfiniment, sauf résiliation. Le louage de services auprès de la personne du maître ou dans sa maison, lorsqu'il existe sans terme fixe résultant de l'usage, de la convention ou de la nature de l'ouvrage, est toujours fait sous cette condition (5). Sans quoi il serait perpétuel, ce qui répugne à sa nature.

864. J'ajoute que le droit de résiliation est réciproque. Pothier enseignait une doctrine contraire. « A l'égard des serviteurs qui louent leur service aux bourgeois des villes, ou même à la campagne, aux gentilshommes pour le service de la personne du maître, quoiqu'ils les louent à raison de tant par an, ils sont néanmoins censés ne les louer que pour le temps qu'il plaira au maître de les avoir à son service. C'est pourquoi le maître peut les renvoyer quand bon lui semble, et sans en dire la raison, en leur payant leur service jusqu'au jour qu'il les renvoie. Mais il ne leur est pas permis de quitter le service du maître sans son congé, et ils doivent être condamnés à retourner jusqu'au jour du prochain terme auquel il est d'usage dans le lieu de louer les serviteurs, ou seulement jusqu'à ce que le maître ait le temps de se pourvoir d'un autre serviteur, lequel temps est limité par le juge. On doit suivre à cet égard les divers usages des différents lieux (6). »

Cette manière d'envisager le contrat de louage de services est peu conforme à l'équité. Les usages actuels ne la sanctionnent pas; le domestique a le droit de résilier le contrat en donnant congé (7). On a vu que le projet de Code reconnaissait positivement cette faculté. Le délai est ordinairement de huit jours à Paris; c'est aussi celui que l'usage accorde au maître pour congédier le domestique. On a pensé que huit jours étaient suffisants pour que le maître pût trouver un autre domestique et le domestique un autre maître. Le congé est toujours verbal.

865. Nous venons d'insister sur une cause très-fréquente, qui met fin au contrat de louage de services, à savoir, la résiliation *ad nutum*, quand la convention ou l'usage sont muets à l'égard du terme.

866. Nous avons vu de plus, au n° 861, une autre cause de cessation des relations civiles des parties, à savoir, l'échéance du terme convenu par le contrat ou ressortant de la nature des choses.

867. Une troisième cause se puise dans le manquement à la loi du contrat, dont les deux parties peuvent se rendre coupables.

Ainsi les défauts du domestique, son insolence, son ivrognerie, son peu de fidélité, son incapacité constante, seront un légitime motif de rompre, avant le temps, l'engagement à jour fixe; le maître pourra renvoyer le domestique sur-le-champ, en lui payant seulement le temps échu (8). Il s'agit ici de causes graves qui placent les parties en dehors du cas où le contrat se résilie par le congé du maître, lequel suppose toujours un répit de huitaine. C'est plutôt le domestique qui rompt le contrat par ses faits répréhensibles.

Enfin, le maître pourrait même retenir au domestique une partie de ses gages, s'il avait été volé par lui.

Observez, du reste, que la question de savoir si le maître doit en être cru sur son affirmation à l'égard des sujets de plainte qu'il allègue contre son domestique, ou s'il doit en justifier par les preuves ordinaires, est un point laissé à la sagesse du juge, qui se décidera par les circonstances de la cause, et par la dignité, la bonne réputation et le caractère du maître (9).

868. Réciproquement, le caractère acariâtre du maître, ses mauvais traitements, ses injures, une avarice portée au point de laisser ses gens manquer des choses nécessaires, des tentatives de corruption sur une fille de service, autoriseraient le domestique à sortir de chez lui avant le temps (10).

Le serviteur serait même fondé à demander des dommages et intérêts, et dans tous les cas à exiger que la totalité du temps convenu pour le louage lui fût payée; si, par exemple, il s'agissait d'une femme louée à l'année et que son maître aurait voulu séduire, cette femme serait fondée à demander ses gages entiers de l'année, sauf la limitation que j'indiquerai au numéro suivant (11).

869. Lorsque le sujet pour lequel le serviteur a quitté son maître n'est pas bien grave, dit Pothier, le juge peut ordonner qu'il retournera achever son service, à charge par le maître de le traiter plus humainement, et sans lui faire aucune diminution de ses gages pour le temps qu'il a manqué de servir (12).

Si le juge ne le condamne pas à retourner, continue Pothier, et qu'il condamne le maître à lui payer l'année de ses services, il doit faire déduction sur cette année de la somme qu'il estimera que le serviteur peut vraisemblablement gagner ailleurs pendant le

(1) Pothier, n° 176.
(2) Cassat., *Requêt.*, 18 avril 1831 (D., 34, 1, 397).
(3) M. Duranton, *Louage*, n° 229. M. Duvergier, t. 2, n° 287.
(4) Fenet, t. 2, p. 336.
(5) M. Zachariæ, t. 3, p. 35. M. Duvergier, t. 2, n° 288.
(6) N° 176.
(7) Henrion, *Compét.*, ch. 30. M. Duranton, *Louage*, n°s 229, 230. M. Duvergier, t. 2, n° 288. M. Zachariæ, t. 3, p. 35.
(8) Pothier, n° 174; d'après lui, M. Duvergier, t. 2, n° 289.
(9) Pothier, n° 175. M. Henrion, *Compét.*, ch. 30. M. Duranton, *Louage*, n° 235. V. Observ. de la cour de Nancy, *supr.*, n° 861.
(10) Pothier, n° 178.
(11) Id., n° 17. *Supr.*, n° 861, le projet de Code civil.
(12) N° 173.

temps qui reste à courir du temps de son service, en faisant cette estimation au plus bas prix (1).

Cette restriction a été critiquée récemment. On a prétendu qu'elle était injuste, en ce qu'elle compense une perte certaine avec un gain éventuel et incertain (2). Je crois qu'il faut s'en tenir à l'opinion de Pothier qui, par ces mots : *ce que le serviteur peut* VRAISEMBLABLEMENT *gagner*, indique clairement que si la position était telle que le serviteur eût beaucoup de peine à trouver une place, le juge devrait adopter un tempérament raisonnable pour qu'il ne perdît rien en attendant. On a vu ci-dessus, no 862, que telle était la disposition du projet du Code civil. C'est là aussi une autorité de raison dont il faut tenir compte.

870. Au surplus, le juge ne devra écouter que les plaintes qui reposeront sur des preuves convaincantes; sans quoi, les maîtres seraient à la merci des domestiques. Comme je le disais ci-dessus (3), le juge accordera beaucoup à la dignité, au caractère et à la bonne réputation du maître.

871. Une quatrième cause de rupture du louage de services, c'est la force majeure. Ici il faut distinguer trois cas : 1° celui où la force majeure tombe sur le maître; 2° celui où elle tombe sur l'ouvrier; 3° celui où elle ne frappe ni sur l'un ni sur l'autre (4).

Commençons par le dernier cas; on peut en donner pour exemple le fait du prince, ou le mauvais temps qui empêche ou arrête les travaux. Ainsi, le premier dimanche qui suit le 30 de septembre, vous avez fait marché avec des vendangeurs pour venir vendanger votre vigne le lendemain, à tant par jour. Si le temps s'est mis à la pluie, et que la vendange n'ait pu se faire par suite de cette intempérie, vous ne devez pas le prix de la journée, et réciproquement, vos hommes sont déchargés envers vous de l'obligation de faire l'ouvrage (5).

872. Mais si le mauvais temps n'est survenu que depuis que la journée est commencée, vous ne leur devrez le prix que jusqu'à concurrence du temps qu'ils auront travaillé, et qui court jusqu'à ce qu'ils aient cessé ou que vous les ayez renvoyés. Par exemple, lorsque le temps se met à la pluie vers midi, l'usage est, dans l'Orléanais, dit Pothier, et presque partout dans les campagnes à ma connaissance, de leur donner à dîner et de leur payer la moitié de la journée (6). M. Vaudoré prétend que cette coutume n'est pas générale (7), et qu'il y a des localités où l'on paye à l'ouvrier sa journée entière. Je l'ignore; et ce qui me ferait douter de l'assertion, c'est que l'art. 1er du tit. 15 de la coutume de Berry, que cite M. Vaudoré, ne contient rien de semblable. Au surplus, s'il y a des usages locaux contraires à mon opinion, ils prévaudront là où ils existent. Mais ailleurs les vrais principes l'emporteront.

873. Du reste, il est bien entendu, que si c'est la faute du maître qui empêche les ouvriers de travailler, il doit payer la journée entière (8).

874. Voyons la deuxième hypothèse, qui a lieu quand la force majeure tombe sur l'ouvrier ou le serviteur. C'est ce qui arrive lorsqu'une maladie empêche un domestique, loué au mois ou à l'année, de faire son service.

Pothier fait une distinction : ou la maladie a été de peu de jours, et alors le maître ne doit pas lui faire de réduction sur ses gages (9). C'est aussi l'avis de Voët (10). Ici revient ce que disait le jurisconsulte Paul, à l'occasion d'un legs de liberté fait à un esclave, à condition qu'il servirait tel individu pendant un an. Si une maladie de quelques jours l'empêche de servir (*quibusdam diebus valetudo*), ces jours devront néanmoins être imputés sur l'année (11).

Mais si la maladie se prolonge pendant un temps considérable, le maître est en droit, suivant Pothier et Voët, de diminuer le prix au prorata de ce temps. S'il ne le fait pas, c'est de sa part une générosité qui ne tire pas à conséquence (12).

Il faut convenir cependant que la jurisprudence s'est en général montrée moins sévère que la théorie envers les serviteurs, et Maynard l'approuve, en la glorifiant *comme une sainte philosophie qu'on peut choisir pour séparer le licite de l'illicite, l'humanité et équité des suites fâcheuses de l'avarice et de l'iniquité* (13). Il cite un arrêt du parlement de Toulouse, qui a jugé en faveur *d'un pauvre serviteur*, qui était demeuré six semaines malade chez son maître, *et encore non si attaché au lit qu'après un mois, en se traînant dans la maison, il ne lui fit toujours quelques services*. Son maître voulut lui faire une retenue sur son salaire, *se fondant en l'opinion de quelques docteurs tant du droit civil que canoniques* (14); mais le parlement repoussa cette dure prétention. « Car, « continue Maynard, *c'est une humaine et favorable* « *équité qui semble commander de compter* dans le « service les jours que les mercenaires ont été ma- « lades, n'ayant pas tenu à eux qu'ils n'aient servi « et travaillé. *Servire etiam nobis intelliguntur*, « *etiam hi quos curamus ægros, qui cupientes servire* « *propter adversam valetudinem impediuntur* (15). »

Charondas rapporte une semblable décision émanée du parlement de Paris, en date du 26 mars 1556 (16). L'humanité y applaudit, et voit avec satisfaction que la jurisprudence pratique a su faire son profit de ces paroles du roi Théodoric, que nous a conservées Cassiodore (17) : « *Mutilari certè non debet* « *quod laborantibus datur; sed à quo fidelis actus* « *exigitur, compensatio* INEMINUTA *præstetur* (18). »

875. Le service militaire est une autre cause de force majeure qui affecte le contrat du chef du serviteur. L'engagement est rompu par l'appel sous les drapeaux, et le jeune soldat n'a droit qu'à un salaire

(1) No 173. *Junge* M. Duranton, *Louage*, no 235.

(2) M. Duvergier (t. 2, no 298), d'après M. Coin de Lille (*Encycl. des Juges de paix*, vo *Domestiques*).

(3) No 867.

(4) Voët, *Loc. cond.*, no 27.

(5) Pothier, no 165, l. 15, § 6, D. *Loc. cond.*, et le Comm. de avre, qui résume les principes sur la force majeure au louage d'ouvrage. (*Rationalia ad Pandectas.*)

(6) Pothier, no 166. M. Zachariæ, t. 3, p. 36.

(7) *Droit rural*, t. 1, no 774.

(8) Pothier, no 167.

(9) No 168.

(10) *Loc. cond.*, no 27.

(11) L. 4 et 5, D. *De statu liberis*.

(12) Pothier, *loc. cit.* Voët, *loc. cit.* M. Merlin, Répert., vo *Domestiques*, no 2.

(13) Liv. 3, ch. 13.

(14) Bartole, sur la loi *Si uno*, § *Item cùm quidam*, D. *Loc. cond.*

(15) Texte de Paul précité.

(16) Liv. 9, ch. 24, d'après les lois *ult.*, § *penult.*, D. *Leg. Rhodiâ*. L. *Sed adde* § *cùm quidam*, § D. *Loc. cond.* L. *Qui operas*, D. *Loc. cond.* L. *Post duos*, C. *De advoc. divers. judicior.*

(17) Variar, lib. 1, epist. 10.

(18) Despeisses rappelle d'autres arrêts. *Louage*, sect. 4, no 11. *Junge* Cout. de Sole, t. 23.

proportionné au temps qu'il est resté chez son maître.

876. Mais si le domestique s'était volontairement engagé (1); si même il quittait son maître avant le temps pour une cause honorable, comme pour se marier ou pour se dévouer au service de ses parents, il pourrait, suivant les cas, être tenu de dommages et intérêts (2). M. Duranton croit cependant qu'il n'en peut être ainsi aujourd'hui (3). Le service militaire est tellement favorable, que l'art. 376 permet à un fils, âgé de dix-huit ans révolus, de quitter la maison paternelle pour s'enrôler volontairement. Un simple louage de service peut-il être plus fort que la puissance paternelle? Quant au cas de mariage, n'est-ce pas là un motif légitime de quitter le maître? Le mariage ne pourrait-il pas manquer par un retard? La liberté des mariages n'est-elle pas au-dessus de l'intérêt du maître? Enfin, un fils qui va servir ses parents est tellement favorable, que la condition résolutoire doit être sous-entendue pour ce cas.

Ces raisons ont une couleur d'indulgence bienveillante; mais elles ne sont pas suffisantes pour ébranler une promesse dont le maître a droit d'exiger l'accomplissement. L'ordonnance de Charles IX de 1567 (art. 4) portait que le domestique qui se mariait durant le temps de son service, sans le gré et le congé du maître, perdait ses gages (4). Cette disposition prouve combien l'opinion de M. Duranton s'éloigne des usages reçus et des règles qui président à l'interprétation du contrat de louage de services. Son objection, tirée de l'art. 374 du Code civil, n'est pas soutenable; car la loi a pu mettre fin à la puissance paternelle, *favore militiæ*, sans vouloir pour cela porter atteinte à la foi des conventions.

Seulement, nous dirons avec Pothier que le juge devra se montrer équitable et modéré dans l'appréciation du dommage (5).

877. A plus forte raison le domestique devra-t-il des réparations à son maître, si le contrat est rompu par son fait; si, par exemple, prévenu d'un crime ou d'un délit, il prend la fuite pour éviter une prise de corps (6).

Mais si son innocence vient à être reconnue, il se trouve dans le cas de force majeure (7).

878. La mort du serviteur ou de l'ouvrier est le dernier cas de force majeure dont nous ayons à nous occuper. D'après les principes que nous avons exposés, et dont les conséquences se projettent jusqu'ici, les héritiers du défunt n'ont droit qu'aux journées faites par lui ou à une part des gages proportionnelle au temps qu'il a servi. Mais exiger la totalité des gages serait de leur part une prétention inadmissible. Le maître, en effet, ne peut payer des services qu'il n'a pas reçus. Il est vrai que la loi 1, § 13 au D., *De extraord. cognit.*, paraît contenir une décision contraire, lorsqu'elle veut que la partie ne puisse répéter des héritiers de l'avocat les honoraires qu'elle a payés pour une cause que la mort l'a empêché de traiter. Mais les commentateurs ont fait observer que cette décision était particulière pour l'honorable profession d'avocat (8).

Il est du reste inutile d'observer que la mort du serviteur ou de l'ouvrier est, dans tous les cas, une cause de cassation du contrat.

879. Venons à notre troisième et dernière hypothèse; elle a lieu quand la force majeure pèse sur le maître.

Supposons, par exemple, que Titius, voulant partir pour un voyage, loue un domestique moyennant 200 fr. pour l'accompagner; mais il tombe malade et le voyage ne peut s'effectuer; ou bien il meurt avant le départ. Le domestique aurait-il le droit de répéter les 200 fr. comme si le voyage eût été fait?

Les lois romaines semblent décider l'affirmative, à la condition toutefois que le domestique n'aura pas trouvé dans une autre location de son travail une indemnité. Écoutons leur langage.

« Qui operas suas locavit, disait Paul, totius tempo« ris mercedem accipere debet, si per eum non stetit « quominùs operas præstet (9). »

Ulpien, traitant la même question, donne des circonstances plus précises et plus détaillées à la fois, dans la loi 19, § 9, D. *Loc. cond.*

« Quum quidam exceptor (un copiste), operas suas « locasset (10), *deindè qui eas conduxerat, decessisset* « (c'est bien notre cas), imperator Antoninus cum « divo Severo rescripsit ad libellum exceptionis hæc « verba : Cùm per te non stetisse proponas, quomi« nùs operas locatas Antonio Aquilæ solveres, *si eodem* « *anno mercedes ab alio non accepisti*, fidem contrac« tùs impleri æquum est. »

Et Ulpien nous apprend que tel fut l'avis de Papinien dans un cas analogue (11).

Cette doctrine a été enseignée par Voët dans le droit moderne (12); la raison qu'en donne le président Favre (13), c'est que lorsqu'une personne est prête à faire un ouvrage qu'une circonstance de force majeure qui tombe sur le maître l'empêche d'exécuter, on tient cet ouvrage pour fait toutes les fois qu'il s'agit de l'avantage de cette personne (14).

Toutefois, il y a une observation importante à faire; c'est que ces principes ne sont applicables qu'autant qu'il n'a pas été convenu, soit expressément, soit tacitement, que le prix ne serait dû qu'à la condition que le service serait rendu et l'ouvrage accompli. Car, dans ce cas, la force majeure, alors même qu'elle tombe sur le maître, dispense de payer le salaire. « Quod ta« men nostri intelligunt, dit Favre, nisi merces *con*« *ditionaliter* promissa fuisset. Tunc enim, si non « præstarentur, *etiam ob casum contingentem in per*« *sonâ conductoris, non teneretur conductor merce*« *dem solvere, quoniam in conditionibus solus eventus* « *inspicitur* (15). »

Lors donc que de pareilles questions se présenteront, il faudra voir quelle a été l'intention des parties. En général, dans le louage de services, qui subordonne le salaire à l'ouvrage fait, la condition dont nous venons de parler se sous-entend facilement, surtout lorsque les choses sont entières et que le contrat n'a pas reçu de commencement d'exécution. Mais si, dans l'hypothèse que nous avons proposée, le voyage était

(1) Pothier, n° 171.
(2) Ord. de Charles IX de 1567, art. 3. Pothier, n° 170. M. Zachariæ, t. 3, p. 35. M. Duvergier, t. 2, n° 293.
(3) *Louage*, n° 232.
(4) Répert. de M. Merlin, v° *Domestique*.
(5) *Louage*, n° 170.
(6) Pothier, n° 172.
(7) Id., ibid. — M. Duranton, *Louage*, n° 232. M. Duvergier, t. 2, n° 295.
(8) Favre sur la loi 15, § 6. D. *Loc. cond.*
(9) L. 38. D. *Loc. cond.*
(10) A l'année (Favre, *Ration.* sur cette loi).
(11) L. 19, § 10, D. *Loc. cond.*
(12) *Loc. cond.*, n° 27. Il cite encore la loi dernière au D. *Leg. Rhodiâ de jactu.*
(13) *Loc. cit.*
(14) D'après la loi 38, D. *Loc. cond.*, l. *ult.* et *penult.*, C. *De condict. ob caus. dator.*, l. 1, § *proindè*, D. *De extraord. cognit.*
(15) Sur la loi 15, § 6, D. *Loc. cond.*

commencé, il serait plus équitable de suivre la loi romaine.

880. Enfin, une cinquième et dernière cause de rupture du contrat de louage de services, c'est la destruction de la chose à laquelle les services étaient consacrés. On en a vu un exemple dans l'espèce curieuse traitée par Expilly et rapportée ci-dessus, n° 853. Pour savoir si la chose a réellement péri, on se pénétrera de la doctrine de ce jurisconsulte, sans négliger ce que j'ai dit à ce sujet dans mon Commentaire des *Priviléges* et *hypothèques*, n°s 109 et 110.

881. Après que le louage a pris fin par l'expiration du terme, il peut recommencer par tacite réconduction; car la tacite réconduction a également lieu pour les services des domestiques et ouvriers (1).

Mais quel est le temps que doit durer cette réconduction? C'est celui qui est assigné par l'usage aux locations de services. Ainsi, par exemple, vous avez un serviteur de vigneron dont le contrat expire à la Toussaint 1840. Si vous le gardez après ce terme, son service devra se continuer jusqu'à la Toussaint 1841, jour auquel l'usage fait commencer et finir ces sortes de locations (2).

882. Nous devons parler maintenant des difficultés qui peuvent s'élever entre le maître et le serviteur ou l'ouvrier, sur les gages; elles ont été prévues par l'article 1781, qui veut que le maître en soit cru sur son affirmation :

1° Sur la quotité des gages;

2° Sur le payement du salaire de l'année échue;

3° Sur les à-compte donnés pour l'année courante.

Cette disposition a été empruntée à l'ancienne jurisprudence (3).

En général, un domestique n'a pas de titre écrit. Sans doute, s'il en avait un, le jugement du procès en dépendrait pleinement. Mais presque jamais il ne peut en produire.

Les locations de services se font verbalement, les à-compte se payent sans quittance; la loi n'a pas été assez déraisonnable pour exiger nécessairement la preuve écrite de conventions dont l'écriture a été bannie par l'usage.

Que faire cependant si des contestations s'élèvent sur les gages, entre le maître et le domestique?

Admettra-t-on la preuve testimoniale, moyen ordinaire de faire la preuve dans les matières qui n'excèdent pas 150 fr. (et l'on sait que bien souvent les débats sur les salaires des domestiques et des ouvriers roulent sur des sommes inférieures à ce taux)? Non! ce serait fatiguer les tribunaux de querelles interminables. Ce serait surtout *ouvrir la porte aux fraudes*, comme disait M. Treilhard (4), et exciter contre les maîtres les ouvriers ou les domestiques coalisés pour rendre des témoignages suspects. Il fallait donc repousser la preuve testimoniale, même dans le cas où elle est ordinairement admise. Des raisons supérieures de bonne justice en faisaient une loi (5).

Restait le serment, ce moyen simple et court de terminer les petits procès (6).

Mais à qui le déférer d'office? au serviteur? à l'ouvrier?

Entre le locateur de services et le maître, quel est celui qui par son éducation, ses habitudes, sa position sociale, est le plus digne de foi? C'est le maître (7). Quel est, en effet, le maître qui osera spéculer sur les avantages de la position que lui fait la loi pour envier à un pauvre domestique ou à un malheureux ouvrier le fruit du travail le plus pénible, la récompense de sueurs répandues à son profit? C'est donc à lui que le juge déférera le serment. Dans aucun cas il ne pourra le déférer au domestique ou à l'ouvrier. L'art. 1781 forme une disposition exceptionnelle dont il ne lui est pas permis de sortir; car il y aurait trop de danger à faire dépendre le sort du procès de l'affirmation du locateur (8). Et le plus souvent il y aura avantage pour lui : le maître sera plus facile à lui faire des avances. Dans les fabriques surtout, où le prolétariat a tant et de si impérieux besoins, la facilité de la preuve sera, pour le maître, un motif d'être à son tour plus accessible à donner des à-compte anticipés (9).

883. Du reste, cette affirmation ne consiste pas dans une simple déclaration, mais dans une affirmation assermentée (10).

884. Mais plus l'art. 1781 est en dehors du droit commun, moins il faut en abuser pour lui faire franchir ses véritables limites.

Il suit de là que l'affirmation du maître n'est décisive ni pour établir l'existence même de la convention qui serait déniée, ni les stipulations particulières relatives à sa durée, à sa résolution, etc.

Sa puissance a pour objet de déterminer :

1° Le montant du salaire;

2° Le payement du salaire de *l'année échue*;

3° Les à-compte donnés pour *l'année courante*.

Il importerait peu que les sommes payées au domestique ou à l'ouvrier par le maître, l'eussent été à titre de prêt, pourvu qu'elles fussent imputables sur l'année échue ou sur l'année courante. Ainsi Jacques, fabricant, avance à François, ouvrier de sa manufacture, une somme de 90 fr., à valoir sur le travail à faire par ce dernier, dont le salaire est fixé à 75 c. par jour; vainement on dirait que c'est là un prêt et non pas un à-compte sur les journées de l'ouvrier, et que l'article 1781 ne concerne pas les prêts qu'il a plu au maître de faire, en suivant la foi de son domestique ou de son ouvrier. Ce serait une fausse couleur; car de telles avances ne peuvent être autre chose que des prêts remboursables en journées de travail. Il faut même répéter ce que nous disions au n° 882, savoir, qu'entendu en ce sens l'art. 1781 est tout entier dans l'intérêt des domestiques et des ouvriers. Peu de maîtres se seraient déterminés à faire à leurs serviteurs ou à leurs ouvriers les avances les plus nécessaires, si pour la preuve de ces avances ils n'eussent pas été crus sur leur affirmation, seul genre de preuve admissible à l'égard de gens illettrés (11).

885. Mais si les prêts et les avances surpassaient le montant des salaires de l'année échue et de l'année courante, l'affirmation du maître ne pourrait plus faire preuve de l'excédant. L'art. 1781 est limitatif à l'année échue et à l'année courante.

886. On a prétendu, devant la cour de Rouen, que

(1) Pothier, n° 372.

(2) Ibid.

(3) Le nouveau Denizart, v° *Domestique*, et v° *Gages*. Brillon, v° *Gages*, n° 7. Duparc-Poullain, t. 9, p. 449. M. Toullier, t. 10, n° 448. M. Merlin, v° *Domestique*, n° 4.

(4) Fenet, t. 14, p. 256. Locré, t. 7, p. 170, n° 4.

(5) V. la discussion au conseil d'État (Fenet, t. 14, p. 256). Locré *ut suprà*.

(6) M. Toullier, t. 10, n° 449.

(7) M. Treilhard (Fenet, t. 14, p. 255). Locré, *ut suprà*.

(8) *Junge* M. Duranton, *Louage*, n° 256. M. Duvergier, t. 2, n° 302.

(9) *Infr.*, n° 884.

(10) M. Merlin, v° *Affirmation*. M. Toullier, t. 10, n° 453.

(11) Ainsi jugé par arrêt de la cour de cassation (ch. civ.) du 21 mars 1827, portant cassation (D., 27, 1, 181).

l'art. 1781 n'est applicable qu'autant que le maître est défendeur; mais que, s'il est demandeur, il reste soumis à la règle générale *Actori incumbit onus probandi*. Cette cour est entrée dans ce système (1), peut-être en pressant trop vivement les conséquences de quelques paroles de M. Toullier, qui semble supposer que le maître est défendeur (2). Il est vrai que, le plus ordinairement, c'est le serviteur qui intente l'action. Mais l'art. 1781 n'entre pas dans la distinction de l'action et de l'exception. Il est général et absolu. J'ajoute qu'un arrêt de la cour de cassation du 21 mars 1827 (3) a appliqué l'art. 1781 dans une espèce où un fabricant *demandait* la restitution des à-compte qu'il avait payés par anticipation à un ouvrier qui, quelques jours après, l'avait quitté avant le temps. Si l'art. 1781 devait être interprété dans le sens que lui prête la cour de Rouen, il serait pour les ouvriers de fabrique à qui le maître aurait fait de petites avances, un malheureux encouragement à lever le pied.

887. Au surplus, l'art. 1781 n'a été fait que contre les ouvriers et les domestiques proprement dits. Comme nous l'avons dit au nº 848, il n'est pas applicable aux professions libérales, par exemple aux clercs d'avoué, secrétaires, aumôniers, commis de marchands, etc., etc. (4). La cour de Rouen paraît n'avoir pas eu cette donnée bien présente à la pensée dans un arrêt du 16 novembre 1826 (5). Toutefois, elle concède que l'art. 1781 n'est pas directement applicable à un commis marchand, et qu'il ne peut être invoqué contre lui que *par analogie*. Enfin, et ceci achève d'ébranler son assertion, c'est qu'en définitive elle a terminé le différend en laissant tout à fait à l'écart l'article 1781.

Les cochers des voitures de place ne sont pas non plus, à l'égard des loueurs ou entrepreneurs qui les emploient, dans la relation de domestique ou d'ouvrier à gages. L'entrepreneur leur confie sa voiture et ses chevaux, moyennant une rétribution fixée par jour, par semaine ou par mois; et ceux-ci reçoivent pour leur propre compte, et au risque d'un bénéfice plus ou moins considérable, les rétributions des personnes qui les louent; dans cette position ils sont plutôt des facteurs préposés, ou serviteurs pour le commerce.

Telle est la décision formelle et très-juste d'un arrêt de la cour de cassation du 30 septembre 1828, qui refuse d'appliquer à ces sortes d'individus l'art. 1781 du Code civil (6).

888. Puisque cet article est hors du droit commun, on en a conclu qu'il ne doit pas conserver son autorité exceptionnelle, lorsque le débat s'engage non sur le salaire de l'ouvrier ou du domestique, mais sur une demande en remise d'effets que ces derniers prétendraient avoir apportés dans la maison du maître (7).

Je dois dire toutefois que dans l'ancienne jurisprudence qui a donné la source de l'article 1781, on n'hésitait pas à ajouter foi à l'affirmation du maître sur les demandes en remises d'effets (8). Et en effet, consultons les probabilités et cavons les choses au pire. Est-ce qu'un maître de foi équivoque ne sera pas plus enclin à frauder sur les gages, que sur les pauvres nippes du serviteur ou de l'ouvrier? N'y a-t-il pas plus de dangers à craindre dans le premier cas que dans le second?

Du reste je n'ai connaissance d'aucun arrêt qui ait décidé cette question depuis le Code civil.

On s'est cependant prévalu d'un arrêt du 22 frimaire an IX (9), qui décide que le juge de paix n'est pas compétent pour statuer sur une demande en remise d'effets, argent et meubles, intentée par une servante contre les héritiers de son *ancien maître qui l'avait expulsée* (10). On a tiré de cet arrêt la conséquence que l'affirmation du maître n'est pas admissible sur la demande en restitution d'effets (11). Mais c'est, à mon avis, donner à cet arrêt une portée exagérée. Il est vrai qu'il est fondé sur ce que, dans l'espèce, la demande ne ressortait pas d'un engagement *tenant nécessairement aux rapports de domesticité*. Et en effet, on a vu que la servante avait été chassée de la maison; que les rapports de domesticité avaient été rompus; enfin que la demande était dirigée, non contre le maître, mais contre ses héritiers. Il s'agissait donc d'une action ordinaire pour remise d'effets mobiliers; mais quand le débat s'agite entre le maître et le domestique et qu'il n'est pas dominé par des circonstances particulières, qui peut nier que l'apport des effets du domestique chez le maître ne soit un rapport de domesticité et une suite nécessaire de la position du domestique? N'avons-nous pas vu au nº 861 une opinion de la cour d'appel de Nancy faire de la rétention des effets du domestique la sanction du droit du maître?

889. S'il s'agissait de services ou d'ouvrages loués à prix fait, l'art. 1781 serait sans application. Le prix fait est réglé par des dispositions particulières de la section 3 de ce chapitre. Les termes de l'article 1781 indiquent d'ailleurs clairement qu'il n'est édicté que pour des salaires réglés au jour, au mois, à l'année (12).

Ce point a été jugé en ce sens par arrêt de la cour de cassation du 12 mars 1834 (13), dans une espèce où celui que l'on voulait soumettre à l'art. 1781 avait été déclaré par l'arrêt attaqué être, non pas *un domestique*, ou *un salarié à la journée*, mais *un entrepreneur*. L'arrêt de la chambre des requêtes repoussa, comme de raison, l'application de l'art. 1781.

890. Mais si les gages étaient réclamés après le décès du maître, l'art. 1781 profitera-t-il à ses héritiers?

Non! Le serment du maître porte sur un fait personnel qu'il ne peut ignorer et que la justice demande à sa loyauté de révéler. Quant aux héritiers, ils peuvent n'avoir aucune connaissance du montant des gages convenus ou des à-compte payés.

Alors même qu'ils prétendraient avoir été témoins des arrangements intervenus entre le défunt et le do-

(1) Arrêt du 16 novembre 1826 (D., 30, 2, 230).

(2) T. 10, nº 448.

(3) Rapporté ci-dessus, nº 884.

(4) *Junge* M. Zachariæ, t. 3, p. 37.

(5) D., 30, 2, 230, 231.

(6) D., 29, 1, 88, 89.

Celui qui a reçu des services non gratuits de quelqu'un qui n'est pas son domestique, son ouvrier ou son commis, ne doit pas en être cru sur son affirmation pour la quotité de salaire ou pour les payements faits à compte. (12 août 1834, Cass. belg.; Jur. de Belg., 1835, 1, 215.) (*Édit. belge.*)

(7) M. Duranton, *Louage*, nº 236. M. Duvergier, t. 2, nº 306.

(8) V. l'espèce rapportée par M. Merlin, vº *Domestique*, nº 4.

(9) Rapporté dans M. Henrion, *Compétence des juges de paix*, ch. 30.

(10) Expressions de M. Merlin, qui porta la parole dans l'affaire.

(11) M. Duvergier, t. 2, nº 312.

(12) M. Duranton, *Louage*, nº 237. M. Duvergier, t. 2, nº 306. M. Delvincourt, t. 3, p. 211, note; in-8º, p. 264, nº 3º.

(13) D., 34, 1, 344.

mestique ou l'ouvrier, il serait difficile d'étendre jusqu'à eux le bénéfice de l'art. 1781. Car cette disposition repose sur des raisons de convenance et de subordination qui cessent entièrement lorsque l'autorité du maître n'est pas engagée dans le débat (1).

Si cependant l'héritier avait cohabité avec le maître, s'il avait été associé à la surveillance et au gouvernement de la maison, il devrait être, dans ce cas, considéré comme maître, et le juge n'hésiterait pas à admettre son affirmation (2). Cette vérité serait encore plus évidente si l'héritier était soit la femme du défunt, soit son enfant ayant vécu en commun avec lui.

891. Du reste, on entend ici par maître celui envers qui le serviteur a engagé personnellement ses services, quand même il serait lui-même dans une relation de dépendance avec une autre personne.

Un maître d'hôtel du maréchal de Villeroi avait pris à son service une femme qui était à la suite de l'armée; elle demanda son salaire à raison de vingt sous par jour. Le maître d'hôtel répondit qu'il ne l'avait prise que pour son pain; que même il lui avait donné deux louis, plutôt par charité que par obligation, et qu'elle s'en était contentée. Sur ce, arrêt du grand conseil du 1er avril 1704 qui le renvoie de la demande en affirmant qu'il n'avait rien promis à cette femme au delà de deux louis (3).

892. Quant à la prescription du salaire des domestiques et ouvriers, nous renvoyons à notre commentaire des art. 2271 et 2272 du Code civil (4).

893. La compétence des actions relatives au payement des *salaires des gens de travail*, *des gages des domestiques*, *à l'exécution des engagements respectifs des maîtres et de leurs domestiques ou gens de travail*, appartient au juge de paix; sans appel jusqu'à concurrence de 50 francs; à charge d'appel, à quelque valeur que la demande puisse monter (5).

M. Henrion de Pansey a commenté ce point de droit dans son Traité de la *Compétence des juges de paix* (6). Nous renvoyons à son excellent travail.

SECTION II.

DES VOITURIERS PAR TERRE ET PAR EAU.

ARTICLE 1782.

Les voituriers par terre et par eau sont assujettis, pour la garde et la conservation des choses qui leur sont confiées, aux mêmes obligations que les aubergistes, dont il est parlé au titre *du Dépôt et du Séquestre*.

SOMMAIRE.

894. Étendue du mot *voiturier*.
895. Diverses espèces d'entrepreneurs de transports.
896. Utilité de l'industrie des transports. Son influence sur les intérêts moraux et matériels de la civilisation.
897. De l'industrie messagiste en particulier. Son origine. Encouragements donnés en France à l'industrie par le pouvoir central. Le droit de messagerie était considéré avant la révolution comme un attribut de la puissance souveraine.
898. Cette idée subsiste sous la Constituante, la Législative et la Convention.
899. Première époque de l'émancipation de l'industrie messagiste.
900. On est bientôt obligé de restreindre sa liberté.
901. Affranchissement complet de la messagerie sous la restauration. Ses effets. Rivalités acharnées; question grave de droit pénal qu'elles font naître. Nécessité que le monopole ne vienne pas, sous couleur de liberté, étouffer la concurrence.
902. Destinées de l'industrie des transports, surtout depuis que la vapeur a été employée comme agent locomoteur.
903. Des voituriers gouvernés par le Code de commerce et des voituriers gouvernés par le Code civil.
904. Tout transport pour compte d'autrui comprend une obligation de faire.
N'y a-t-il pas aussi quelquefois un louage de choses qui se joint au louage des services.
905. Suite.
906. Suite.
907. Obligations spéciales des entrepreneurs publics de transports. Renvoi. Principes généraux qui gouvernent les entrepreneurs publics et particuliers. Division de la matière.
908. De la preuve du contrat de voiturage. Peut-elle se faire comme celle du dépôt nécessaire? Examen des textes, des autorités et de la discussion du conseil d'État.
909. De la lettre de voiture.
910. Des obligations du voiturier *pour* LE TEMPS DE LA CONDUITE.
911. *Quid* quand la force majeure le retarde ou l'empêche en route. Distinctions à faire.
912. *Premier cas*, qui a lieu lorsque le transport est empêché par celui dans l'intérêt duquel il devait être fait.
913. 2e *Cas*. De la force majeure qui tombe sur la personne du voiturier.
914. 3e *Cas*, qui a lieu quand la force majeure ne frappe ni sur l'une ni sur l'autre des parties.
915. Suite.
916. Des obligations du voiturier POUR LA GARDE et la CONSERVATION de la chose. De quelle faute il est tenu. S'il est responsable de la faute très-légère.
917. Suite.
918. Devoirs de fidélité du voiturier.
919. De son obligation DE RENDRE IDENTIQUEMENT LA CHOSE.
920. Suite.
921. Des obligations du voiturier en CAS DE PERTE DE LA CHOSE.
Contrainte par corps.
Calcul des dommages et intérêts.
922. Du serment du demandeur en indemnité sur la valeur de la chose perdue, en vertu de l'art. 1369 du Code civil.

(1) M. Toullier, t. 10, n° 450.
(2) M. Duvergier, t. 2, n° 307.
(3) Brillon, v° *Gages*.
(4) *Prescription*, t. 2, nos 942 et suiv.
(5) Loi du 24 août 1790, t. 3, art. 10.
(6) Chap. 30. Voyez aussi Répertoire de M. Merlin, v° *Juge de paix*, § 17.

COMMENTAIRE.

894. La section dans laquelle nous entrons prend le mot *voiturier* dans un sens très-étendu. Il embrasse ici tous ceux qui louent leurs services pour transporter soit par terre, soit par eau, les personnes et les marchandises. Tels sont les entrepreneurs de coches, de messageries, de déménagements, de convois par chemins de fer, les bateliers et patrons de barques et de bateaux à vapeur, les fermiers des bacs, les rouliers et commissionnaires de roulage, les voituriers particuliers, etc., etc. (1).

895. M. Pardessus (2) a très-bien distingué deux sortes d'entrepreneurs de transports : ceux qui ont annoncé au public leur établissement avec des conditions de prix, de périodicité de jours, d'heures. On peut citer pour exemple les messageries connues sous le nom de diligences; les malles-postes, qui transportent les voyageurs et leurs effets; les bateaux à vapeur de la Garonne, de la Loire, de la Saône, du Rhône; les paquebots de la Méditerranée, etc., etc.

Les entrepreneurs de ces transports ne sont pas maîtres de refuser de partir au moment déterminé, quand même ils allégueraient qu'ils ne feront pas leurs frais, ni d'exiger d'autres prix que ceux indiqués dans leurs annonces.

D'autres n'ont pas de service régulier; ils se chargent, quand bon leur semble, et à des prix débattus, d'effectuer des transports.

Tous se nomment entrepreneurs publics quand leur profession consiste à faire habituellement des transports et à se charger d'entreprises de voiturage (art. 1785), et qu'ils se sont fait connaître au public comme tels.

Du reste, outre ces entrepreneurs publics, il y a des individus qui peuvent se charger accidentellement d'un transport; tel serait le charretier d'une ferme, ou le fermier lui-même.

Enfin il y a une autre distinction écrite dans l'article 1779, c'est celle qui tient compte de la différence des objets transportés et s'enquiert si le transport s'occupe des personnes ou des marchandises. Nous en verrons plus tard les conséquences (3).

896. L'industrie des transports est l'un des auxiliaires les plus actifs et les plus utiles du commerce (4). Un célèbre publiciste italien allait même jusqu'à dire : « Le commerce n'est réellement que le transport des « marchandises d'un lieu à un autre (5). » Et c'est sous l'influence des mêmes idées que M. Say écrivait ces paroles :

« La facilité des communications équivaut à la va« leur tout entière d'un produit, *lorsque cette facilité « est appliquée à ceux auxquels il faudrait entière« ment renoncer sans cet avantage.* Qu'on suppose « des moyens de transporter de la montagne jusque « dans la plaine de très-beaux arbres qui se perdent « dans certains endroits escarpés des Alpes ou des « Pyrénées, la *valeur de ces bois se trouvera créée « tout entière;* car maintenant ils pourrissent au « lieu où ils tombent (6). »

Et quand cette industrie applique son activité, je dirai même ses prodiges, à faciliter le transport des personnes, quelle influence n'exerce-t-elle pas sur toutes les relations sociales, sur l'échange et la communication des idées, sur les rapports d'État à État, sur l'action de l'administration rendue plus prompte et plus facile, sur les douceurs de la vie privée, etc., etc. ! L'homme s'éclaire, se perfectionne en voyageant : *Vires acquirit eundo.*

897. La grande industrie messagiste est née en France du sein du pouvoir central; elle a éclos sous l'empire de cette idée fondamentale dans l'ancien régime, que le droit d'établir des messageries est un attribut de la puissance souveraine (7). En général le pouvoir central a fait beaucoup en France pour les progrès de l'industrie. Tantôt il a secondé ses efforts par de puissants encouragements, et surtout par ces riches affectations qui ont fait la fortune des usines à fer, des verreries, etc.; tantôt il s'est fait lui-même industriel pour hâter le mouvement commercial qui, sans lui, aurait encore longtemps sommeillé. La création des grandes lignes de messageries est une de ses heureuses idées; lui seul pouvait la concevoir sur un plan vaste et fécond; lui seul, à l'origine, pouvait en faire un moyen puissant de centralisation et de fusion pour nos provinces à peine échappées au fractionnement féodal.

Avant 1775, le privilége des voitures publiques et messageries était confié à la ferme générale des postes, qui le sous-affermait.

Mais un arrêt du conseil du 7 avril 1775 réunit au domaine du roi tous les anciens priviléges de messagerie, et ordonna qu'ils seraient exploités en son nom. L'arrêt prescrivit en outre d'établir *sur toutes les grandes routes du royaume* des voitures à 8, 6 et 4 places, commodes, légères, bien suspendues, pour partir à jour et à heure fixes. — Notez ces mots : *sur toutes les grandes routes du royaume.* Vous trouvez ici l'œuvre d'un grand pouvoir qui veut agir dans un intérêt général et dans des vues élevées de gouvernement et de civilisation.

898. L'assemblée constituante, malgré son affection pour la liberté commerciale, marcha sur les traces de la royauté absolue; elle centralisa la messagerie. Après une petite concession faite (8) « *à tout « particulier de conduire ou faire conduire librement*

(1) M. Pardessus, t. 2, n° 537.
(2) *Loc. cit.*
(3) *Infr.*, n°s 904, 905, 906.
(4) Voyez sur ce sujet l'intéressant et remarquable plaidoyer prononcé par M. Bresson, substitut du procureur général à la cour royale de Paris dans l'affaire des *Messageries royales et générales* contre les *Messageries françaises.*
(5) Verri (*Meditazioni sulla economia politica*).
(6) P. 269, t. 1.
(7) Répert., v° *Messageries.*
(8) Art. 2 de la loi du 26-29 août 1790.

« les voyageurs, ballots, paquets et marchandises, » mais à la condition restrictive *de ne pas annoncer les départs à jours fixes*, l'assemblée constituante ajoutait la disposition suivante :

« Il sera établi une ferme générale des message-« ries, coches et voitures d'eau ; *les fermiers auront « seuls le droit de départ à jours fixes, d'annoncer ces « départs, d'établir des relais, de n'être visités qu'à « leurs bureaux. Ils sont tenus de desservir les princi-« pales routes de France* (1). »

Ainsi voilà le monopole de l'État consolidé ; l'industrie messagiste s'exerce au nom de la nation par l'entremise de ses fermiers.

Les décrets des 6 et 19 janvier 1791 vinrent fortifier le droit de propriété de l'État et élaguer tout ce qui pouvait diminuer son privilége exclusif. Une proclamation du roi, du 10 avril 1791, régla le service des messageries nationales.

Enfin le décret de la Convention, du 24-30 juillet 1793, résilia le bail passé au fermier de l'État, et ordonna que la messagerie serait formée en régie nationale de même que le transport des dépêches.

899. Mais en l'an III une grande innovation fut commencée. Une loi du 25 vendémiaire de cette année autorisa tout entrepreneur particulier à indiquer des départs à époques fixes, à les annoncer, à établir des relais ; puis, la loi du 9 vendémiaire an VI, faisant un pas immense en avant, supprima la régie des messageries nationales et ouvrit à l'industrie messagiste les portes de la liberté commerciale, sous la condition de payer au trésor par les entrepreneurs le dixième du prix des places (2).

900. Mais cette liberté lui sera-t-elle profitable? saura-t-elle en jouir avec sagesse?

Il est certain que dans le commencement, c'est-à-dire de l'an VI à l'an XIII, la prospérité de cette industrie alla en grandissant. « Si vous vous reportez, di-« sait M. l'avocat général Bresson, à cette époque « glorieuse où la France, après tant d'orages, était « rentrée dans ses destinées et commençait cette ère « de grandeur qui l'a maintenue à la tête de la civi-« lisation, vous comprendrez aussi, messieurs, com-« ment la messagerie a dû participer à ce mouvement « d'ascension et d'agrandissement. Non-seulement la « messagerie de la rue Notre Dame des Victoires, « mais beaucoup d'autres établissements allaient « s'élevant.

« Mais bientôt (continue l'éloquent organe du mi-« nistère public) un danger fut signalé : on sentit « qu'il y avait péril à ne pas mettre des limites à la « concurrence des messagistes. On fut obligé de faire « un pas en arrière, de circonscrire l'émancipation « de cette industrie, et le décret du 30 floréal de « l'an XIII fut rendu.

« L'art. 5 veut qu'on ne puisse plus à l'avenir « fonder de messageries *sans une autorisation du « gouvernement.*

« Mais ici encore, est-ce que vous pourrez rien « apercevoir qui appartienne à un système de pri-« vilége ou de monopole? Non! c'est un autre intérêt « qui a guidé le législateur de 1805 comme la Con-« stituante ; c'est le bien public qu'il a eu en vue ; il « a voulu que cette industrie si importante pût mar-« cher, se développer sans courir le danger d'être « emportée par la perturbation que viendrait y jeter « un spéculateur hasardeux (3). »

Tel fut l'état des choses jusqu'en 1817.

901. A cette époque, le législateur crut que l'industrie messagiste avait acquis assez d'expérience pour pouvoir se gouverner elle-même. Depuis longtemps cette industrie avait fait peu de progrès ; les communications étaient chères et lentes ; la loi fit donc appel à la concurrence pour améliorer le transport des personnes, en le rendant plus commode, plus facile, plus prompt, moins dispendieux. Ce fut le but de l'art. 115 de la loi du 25 mars 1817, qui n'imposa pour la formation ou la continuation de toute entreprise de voitures publiques, de terre ou d'eau, que l'obligation de faire une déclaration annuelle, indiquant le nombre, l'espèce de voiture, le prix des places, et de se munir d'une licence.

Ce régime de liberté ne tarda pas à porter des fruits heureux. Un grand développement se réalisa, la marche des voitures publiques fut accélérée ; les voyages furent poussés avec ardeur même la nuit, chose presque inouïe auparavant. Les prix fléchirent d'une manière sensible, grâce aux concurrences partielles et locales qui s'élevèrent pour arracher à l'entreprise Notre-Dame des Victoires le monopole des services. En 1826, une entreprise centrale se posa en rivale dans le but d'exploiter dans un vaste rayon géographique les principales routes de France. Ce furent les *Messageries générales*, qui seules jusqu'à ce jour ont réussi à disputer à leur aînée la puissance d'agir sur un plan large et étendu. Depuis, des tentatives ont été faites par d'autres compagnies ; elles ont avorté, quoiqu'il y ait place pour plus d'un effort et plus d'un progrès. Les compagnies vaincues par les deux entreprises existantes, ont crié à la coalition, au monopole. J'ignore les faits, je ne veux pas les discuter. Au milieu de ces débats, j'ai entendu agiter une grande question de droit criminel. L'article 419 du Code civil serait-il applicable aux messageries de la rue Notre-Dame des Victoires et aux Messageries générales dans le cas où elles se seraient coalisées ensemble pour ruiner les services nouveaux dont elles redoutent la concurrence (4)? Peut-on dire que l'ouvrage dont la location forme l'élément juridique de toutes entreprises de transports, est une *marchandise* dont la hausse ou la baisse ne peut être opérée par les moyens prévus par le même article? En d'autres termes, le transport des marchandises et des personnes par terre et par eau est-il une *marchandise*? Le mot *marchandise*, employé dans l'art. 419, doit-il se prendre dans un sens tellement complexe qu'il exprime tout ce qui peut faire l'objet des négociations commerciales? ou bien, au contraire, ne signifie-t-il qu'une chose maniable, saisissable, matérielle, et nullement le fait, le *factum*, qui est le sujet du louage d'ouvrage (5)? Cette controverse partage les criminalistes. Le doute que j'ai vu dans les meilleurs esprits, m'avertit que je dois m'abstenir de la toucher ici ; car elle est trop vitale pour être tranchée sans discussion ; elle est trop grande pour être jetée épisodiquement dans un livre de droit civil. Tout ce que je désire, c'est que le monopole ne parvienne pas à étouffer la concurrence par l'abus perfide des armes que lui donne la liberté.

902. Quittons donc les confins du Code criminel où nous a portés l'histoire de la messagerie, et rentrons dans notre domaine.

Depuis que le génie de l'homme a réussi à appli-

(1) Art. 4, même loi.
(2) M. Pardessus, t. 2, n° 553.
(3) P. 8 du plaidoyer précité.
(4) Le savant plaidoyer de M. Bresson conclut à la non application de l'art. 419. Ses raisons sont aussi ingénieuses que vives et séduisantes ; mais la jurisprudence de la cour de cassation a jusqu'à ce jour adopté l'opinion contraire.
(5) *Supr.*, n° 787 ; mais voyez les nos 904, 905.

quer la vapeur aux moyens de communication, l'industrie locomotive est appelée à de hautes et brillantes destinées. Dirigée avec prudence, surveillée dans une juste mesure par l'État, elle opèrera très-certainement d'immenses modifications dans les relations sociales. L'art nautique et l'art de la guerre, le système des impôts de douane, les rapports internationaux, etc., etc., subiront un jour son influence novatrice, et la vapeur rajeunira nos mœurs comme elle renouvellera la face de nos cités. Mais en attendant ces prodiges, dont nous n'espérons pas être témoins, regagnons le chemin des principes du droit civil qui gouvernent cette fière adolescente, et la mettent à l'égal des industries plus humbles qu'elle dédaigne, quoique longtemps encore elles aient de nombreux services à rendre à la société.

903. Lorsque les transports, quels qu'ils soient, s'effectuent par entreprise, soit qu'ils s'étendent sur une grande échelle, soit qu'ils se renferment dans un horizon borné, ils constituent une entreprise commerciale. Hors ce cas, le transport des personnes et des choses est un contrat de louage entièrement du domaine du droit civil (1). Supposons qu'en sus des prestations que me doit mon fermier, je le charge, moyennant tel prix, d'effectuer pour moi tel transport de matériaux ou de bois de chauffage, cette affaire est un louage ordinaire de services sans mélange d'aucun élément commercial.

904. Mais venons à un point plus important. Je disais tout à l'heure (2) que dans tout transport pour compte d'autrui, on rencontre cette obligation de faire, qui constitue le louage de services. Cette vérité est incontestable. Mais ne peut-on pas dire que, dans la plupart des cas, au louage de services vient se joindre le louage des choses; que, par exemple, il y a location de la voiture, des chevaux qui servent au transport de la marchandise ou des personnes?

Pour se faire des idées justes à cet égard, faisons quelques distinctions.

D'abord, supposons qu'un voiturier ait chargé sur sa charrette des ballots de marchandise qu'il doit vous conduire à Strasbourg. Ni la charrette ni les chevaux ne vous sont loués; car vous n'avez pas entendu vous en procurer l'usage ou la jouissance. Le voiturier peut prendre telle autre charrette, employer tels autres chevaux. C'est un point qui le regarde; pourvu qu'il opère le transport sans accident, vous n'avez pas intérêt à vous enquérir du mode qu'il emploie pour y parvenir. La voiture et les chevaux sont des moyens, non pour vous, mais pour lui. Donc, on ne trouve ici aucun mélange de louage de choses.

905. En sera-t-il de même dans l'hypothèse suivante? Vous retenez une place dans tel compartiment d'une diligence, ou dans la malle-poste, ou dans un bateau à vapeur. Cette place ne vous est-elle pas louée? N'en avez-vous pas tout l'usage qui est compatible avec ce genre de choses? Oui, sans doute. A côté de l'opération principale, qui est une entreprise de transport, c'est-à-dire un louage de services, il se trouve un louage d'une chose employée comme moyen pour rendre plus commode le transport de la personne. Le voyageur a droit à telle place convenue, et non à telle autre plus gênante. Nul ne peut l'occuper à son détriment; la jouissance lui en appartient pour tout le trajet; et c'est ce qui arrive dans toute entreprise de transport des personnes. La personne veut une position autre que celle de la chose qui est passivement voiturée; c'est la suite de l'idée d'appropriation, qui est tellement inhérente à l'homme qu'il la transporte dans les opérations les plus éphémères; idée nécessaire et innée qui le suit et l'accompagne partout pour soumettre à son empire tout ce qu'il touche.

906. Il suit de là que les entrepreneurs de voitures par terre ou par eau, ou leurs préposés, sont astreints envers les personnes qu'ils conduisent à des devoirs à peu près semblables à ceux que prescrit l'art. 1719 du Code civil; ils doivent tenir le voyageur clos et couvert, à moins de conventions ou d'usages contraires. Ils doivent lui délivrer la place louée; ils doivent l'en faire jouir paisiblement pendant la route, ce qui comprend soit l'obligation de le garantir de toute usurpation de la part d'un autre voyageur, soit l'obligation de le préserver des accidents auxquels leur propre faute pourrait donner lieu.

907. Au surplus, les art. 1785 et 1786 prescrivent aux entrepreneurs publics de transports des obligations spéciales dont nous nous occuperons en commentant ces articles.

Continuons à rechercher les principes généraux qui gouvernent tous les genres de contrat pour opérer des transports. Cette matière peut se diviser en trois parties :

1° Preuve de la convention;

2° Obligation du voiturier pour la conduite et la conservation de la chose;

3° Obligation de la restituer.

908. Voyons le premier point. L'art. 1782 du Code civil décide que le voiturier, quel qu'il soit, est assujetti, pour la garde et la conservation des choses qui lui sont confiées, aux mêmes obligations que les aubergistes, dont il est parlé au titre *du Dépôt et du Séquestre*.

Et ces obligations, quelles sont-elles? L'art. 1952 porte :

« Les aubergistes ou hôteliers sont responsables, « *comme dépositaires*, des effets apportés par le voya- « geur qui loge chez eux; le dépôt de ces sortes d'ef- « fets doit être *regardé comme un dépôt nécessaire*. »

Or, l'on sait que la preuve d'un dépôt nécessaire peut se faire par témoin, à quelque somme qu'il s'élève; c'est la disposition de l'art. 1950.

Dès lors ne peut-on pas dire que la remise de la chose entre les mains du voiturier, étant un dépôt nécessaire, doit pouvoir se justifier par témoins ou par tout autre genre de preuves? Ne peut-on pas argumenter ainsi qu'il suit : le voiturier est assimilé à l'aubergiste; l'aubergiste est dépositaire nécessaire; or, l'art. 1950 est sans contestation applicable à l'aubergiste; donc il s'étend aussi au voiturier?

Mais ce raisonnement est vicieux; ce n'est pas autre chose que le sorite des sophistes grecs.

Lorsque l'art. 1782 assimile le voiturier à l'aubergiste, ce n'est pas pour mettre ces deux classes d'individus sur le pied d'une absolue égalité. Il ne les compare que pour *la garde* et pour *la conservation* de la chose, et rien de plus. Il suit de là que ce n'est qu'alors que le contrat a été formé entre le voiturier et l'expéditeur, et s'est même réalisé par la tradition de la chose, que l'assimilation commence. Donc, tout ce qui s'est passé auparavant reste en dehors des règles du dépôt; donc, la question de savoir s'il y a eu remise de la chose est soumise aux règles ordinaires.

Et effet, comment serait-il possible d'appliquer au contrat qui se forme entre l'expéditeur et le voiturier, les dispositions exceptionnelles de la loi sur le dépôt nécessaire? Lorsqu'un accident terrible, tel que naufrage, incendie, ruine, pillage, force à faire un dépôt

(1) *Inf.*, n° 928.

(2) N° 901.

(art. 1949, C. C.), il est clair qu'on n'a pu s'en procurer la preuve écrite. Il n'a pas été possible non plus de s'en procurer une à celui qui, arrivant fatigué, ayant besoin d'un gîte, a plus de hâte de trouver une chambre dans une hôtellerie que de se faire donner le récépissé de ses effets, lorsque d'ailleurs le maître et ses gens sont plus empressés à soigner la personne des voyageurs qu'à tenir écritures de leurs malles et de leurs effets. Mais la position est toute différente entre l'expéditeur et le voiturier. Quel obstacle empêche le premier d'exiger du second une reconnaissance de la remise qu'il lui a faite? Il n'y en a que dans le cas unique de remise de menus objets ou effets tels que sacs de nuit, manteaux, etc., qui accompagnent la personne du voyageur, et qu'on n'apporte qu'au moment du départ (1). Dans tous les autres, l'expéditeur a toutes les facilités pour se faire donner un reçu, ou pour faire inscrire son chargement sur les registres de l'entreprise; et c'est dire assez que la loi n'a pas créé ici une situation exceptionnelle (2).

J'avoue cependant que M. Pardessus a laissé échapper quelques expressions qui paraissent s'éloigner de cette doctrine; il qualifie la remise au voiturier de *dépôt nécessaire* (3). Mais c'est là une erreur qui s'explique par le point de vue de cet auteur. M. Pardessus a écrit pour les matières commerciales dans lesquelles la preuve testimoniale est toujours admissible. Il n'avait donc pas d'intérêt à regarder de près l'idée du dépôt nécessaire qui s'est présentée à lui, à la faveur des art. 1782 et 1952 du Code civil. Mais s'il eût été amené par la nécessité de son sujet à la discuter à fond, il n'aurait pas manqué d'apercevoir qu'il est difficile de lui trouver dans les textes un fondement sérieux.

Convenons, toutefois, que la discussion du conseil d'État pourrait la favoriser beaucoup plus. En la lisant avec attention, on est enclin à penser que l'opinion dominante dans le conseil fut que, même pour la preuve de la remise, le voiturier était placé sur la même ligne que l'aubergiste. M. Cambacérès et M. Berlier en firent l'observation formelle (4). Mais quelque grave que soit le sentiment de ces jurisconsultes, il ne peut prévaloir sur le texte de la loi. Pourquoi le conseil d'État, qui revint à deux reprises sur la discussion de notre section (5), n'exprima-t-il pas sa pensée par une formule claire et précise? Pourquoi l'art. 1782, tel qu'il est sorti des mains du législateur, ne renvoie-t-il aux obligations de l'aubergiste que pour la garde et la conservation de la chose? Pourquoi ne s'est-il pas expliqué dans le même sens sur la preuve? Et dès lors son silence sur une prérogative exceptionnelle ne doit-il pas tourner au profit du droit commun (6)?

On dira peut-être : Eh bien! accordons que l'on reste dans le domaine des règles ordinaires sur la preuve vocale, tant que l'on n'a traité qu'avec une personne qui ne se charge qu'accidentellement d'un transport (7). Mais du moins la preuve testimoniale n'est-elle pas toujours admissible contre les entrepreneurs publics qui font un acte de commerce dont l'existence peut être établie par la preuve orale (8)?

Je réponds qu'entre commerçants cette opinion n'est susceptible d'aucune controverse; mais qu'elle n'est pas applicable quand il s'agit d'un particulier qui s'est adressé à une entreprise publique pour effectuer un transport. La cour de cassation a jugé qu'un entrepreneur de diligences, poursuivi devant un tribunal civil pour perte d'un sac de nuit, n'avait pu décliner la juridiction civile (9); par réciprocité, le particulier ne pourrait invoquer contre l'entrepreneur les règles spéciales des matières commerciales (10).

909. Dans le commerce, il est d'usage de constater, par une lettre de voiture dont le voiturier est porteur, les conditions et l'objet du transport (11); mais cette lettre n'est pas indispensable pour obliger le voiturier à rendre les choses qu'on prouve par un autre moyen lui avoir confiées (12). Seulement, quand elle est représentée, elle fait titre contre et pour le voiturier, et l'on n'admet pas de preuve pour en combattre les énonciations (13).

910. Passons aux obligations du voiturier pour la conduite et la conservation de la chose.

Lorsque le temps du trajet est convenu, le voiturier ne doit pas le dépasser, à peine d'une indemnité pour le temps du retard. Dans le commerce, on tient strictement la main à cette convention; car l'arrivée des marchandises, à point nommé, y est de la plus haute importance. Le voiturier ne pourrait s'excuser valablement qu'en prouvant la force majeure (14), et l'on sait que dans les principes que nous avons plus d'une fois exposés, la preuve de la force majeure n'est complète qu'autant que celui qui cherche à s'excuser démontre qu'il ne s'est pas exposé au danger par sa faute (15).

911. Quelquefois la force majeure est telle qu'elle empêche le voiturier de continuer sa route. Quelle sera, eu égard au prix, la condition du voiturier? Le gagnera-t-il pour le tout ou seulement pour partie, ou bien l'expéditeur pourra-t-il se dispenser de le lui payer en totalité?

Pour résoudre cette question, il faut distinguer trois cas :

Ou le transport a été empêché par le fait de celui dans l'intérêt duquel il devait être opéré;

Ou il a été empêché par un fait de force majeure tombant sur le voiturier;

Ou bien enfin, par une force majeure neutre, c'est-à-dire étrangère à la personne de l'expéditeur ou à celle du voiturier.

Reprenons chacune de ces branches de la distinction.

912. 1er cas.

Si le transport a été empêché par celui dans l'intérêt duquel il devait être fait, par exemple, si la marchandise n'a pu partir parce que le chargeur n'avait pas payé le droit de mouvement dont elle était frappée, le voiturier qui a perdu son temps à attendre la permission du départ pourra exiger le prix entier, ou du moins une indemnité pour le temps qu'il a perdu. C'est

(1) *Infr.*, sur l'art. 1785, n°s 948 et 949.

(2) Jousse, sur l'ord. de 1667. M. Duranton, de la *Preuve testimoniale*, n° 316; *Louage*, n° 242. M. Duvergier, t. 2, n° 321. M. Zachariæ, t. 3, p. 41.

(3) T. 2, n° 540.

(4) Fenet, t. 14, p. 260 Locré, t. 7, p. 171, n° 9. *Infr.*, le comm. de l'art. 1785.

(5) Ibid., p. 260, 267 et 268.

(6) Je reviens là-dessus, *infr.*, sur l'art. 1785.

(7) *Supr.*, n° 903.

(8) Art. 109 et 632 C. de comm. M. Zachariæ, t. 3, p. 41.

(9) Arrêt du 20 mars 1811 (Répert. de M. Favard de Langlade, v° *Voiturier*, n° 10). M. Duranton, *Louage*, n° 247.

(10) *Junge* ce que nous disons, *infr.*, n° 928.

(11) Art. 101 et 102 C. de comm.

(12) M. Pardessus, t. 2, n° 64.

(13) Id., n° 539.

(14) Art. 104 Code de comm. M. Pardessus, t. 2, n° 544.

(15) *Supr.*, n°s 342, 365, 366. Arg. des art. 1953, 1954. M. Pardessus, t. 2, n° 545.

ce que décide Scævola dans la loi 61, § 1, D., *Loc. cond.*, dans l'espèce suivante. Un navigateur avait reçu commission de transporter de la province de Cyrénaïque à Aquilée une certaine quantité de blé et d'huile. Le navire était chargé; neuf mois s'écoulent sans que l'on puisse mettre à la voile, et au bout de ce temps la marchandise est confisquée. L'expéditeur devra-t-il payer le nolis? Scævola nous apprend qu'il répondit à cette question affirmativement, et c'est aussi ce que décide l'art. 294 du Code de commerce, dont la disposition peut faire règle dans tous les cas analogues. « Si le navire a été arrêté au départ « pendant la route, ou au lieu de sa décharge, par le « fait de l'affréteur, les frais du retardement sont dus « par l'affréteur. »

913. 2e cas.

Supposons maintenant que le voiturier soit frappé par force majeure, comme, par exemple, s'il meurt en route; le prix ne sera payé qu'en raison de l'utilité que le chargeur retirera de ce transport « Non « nisi, dit Voët (1), pro ratâ operæ præstitæ, merces « est debita, si modò opera pro parte præstitâ utilitatem conductori attulerit (2), uti in navibus in certum « tempus conductis, si onus impositum ad loca destinata pertulerint, iterùmque novis onustæ mercibus « perierint. »

Mais si le transport fait en partie ne porte pas de profit au chargeur, il n'y a lieu à aucun prix. Ainsi, si un batelier voit périr en route son bateau, il ne peut réclamer le nolis, et il doit même le rendre s'il l'a reçu d'avance. « Hinc, continue Voët (3), cum nauta, « amissâ nave, munere vehendi functus non esset, « eum vecturam non petere, et si prorogatam accepisset, reddere debere (4). » Si cependant on sauve des marchandises du naufrage, il est d'usage d'en payer le nolis au prorata du trajet qu'elles ont parcouru (5).

914. 3e cas.

Supposons enfin que la navigation ou le transport ait été empêché par une force majeure qui n'a frappé ni sur l'une ni sur l'autre des parties, il faut distinguer si le trajet a été oui ou non commencé.

S'il n'a pas été commencé, le contrat est résolu sans dommages et intérêts de part ni d'autre. Chaque partie supporte les frais des préparatifs qu'elle a pu faire (6).

915. Si le départ a été effectué, et que la voiture termine son trajet, mais que l'autorité locale s'oppose au débarquement de la marchandise, le prix est dû (7).

Il est encore dû si la voiture se trouve arrêtée au milieu du chemin par la guerre ou par une interdiction, ou par toute autre cause, et si le voiturier est obligé, soit de décharger la marchandise dans le lieu d'entrepôt le plus voisin de la destination à laquelle il n'est plus possible de parvenir, soit de revenir, ne trouvant plus rien d'avantageux à faire dans l'intérêt de l'expéditeur (8).

Au surplus, on pourra consulter ici les dispositions du Code de commerce sur les transports maritimes (9); elles serviront à résoudre plus d'une difficulté.

916. C'est surtout en ce qui concerne la garde des choses confiées à sa conduite, que le voiturier est soumis à des obligations sévères; il est dépositaire, et dépositaire salarié. Il répond donc non-seulement de la faute lourde, mais encore de la faute légère (10).

Nous verrons même dans le commentaire de l'article 1784, que la loi présume que l'avarie a eu lieu par sa faute, et que c'est à lui à s'exonérer de cette présomption par la preuve de sa vigilance.

J'ai dit que le voiturier est tenu de la faute légère; mais j'ajoute que la faute très légère ne lui est pas imputable, et qu'elle va se perdre dans les faits qui constituent la force majeure. Un texte du droit romain a fait penser aux interprètes qu'il y avait à Rome plus de sévérité contre le voiturier, et que Caïus exigeait de lui une diligence extraordinaire (*diligentissimus*) (11); mais en admettant la légitimité de cette interprétation, j'ai démontré ailleurs que cette exagération est à la fois hors de la nature et des idées admises par le Code civil (12).

Objectera-t-on que l'art. 1784, en n'exemptant le voiturier qu'autant qu'il prouve la force majeure, semble vouloir lui imputer toute faute quelconque, même la faute très-légère. Je réponds qu'avec un tel système, on irait jusqu'à trouver la faute très-légère dans l'art. 1733, qui est à peu près conçu dans les mêmes termes que l'art. 1784; et cependant les art. 1728 et 1732 repoussent cette rigueur. Il est même constant que, dans l'ancienne jurisprudence, les meilleurs interprètes l'excluaient du louage des choses (13). Et certainement on ne peut admettre que le Code civil ait voulu les dépasser dans les voies d'une sévérité stoïque.

Je dis donc que l'art. 1784 ne prouve rien du tout contre ma proposition; car la force majeure dont il parle est tout juste ce qui dépasse les bornes de la diligence du bon père de famille. *Accidens quod per custodiam, curam, diligentiam non potest evitari* (14). Là où se rencontre la surveillance du bon père de famille, il ne peut y avoir faute; on entre dans le domaine de la force majeure.

917. En précisant cette doctrine par des exemples, nous dirons que si les tonneaux transportés ont besoin de réparations pendant le voyage, le voiturier est tenu de les faire faire, sauf à s'en faire rembourser par l'expéditeur ou le destinataire. S'il négligeait ce soin, il commettrait une faute qui engagerait sa responsabilité (15).

Il doit disposer sa voiture de manière à éviter que la pluie ne mouille les marchandises susceptibles d'être endommagées par l'eau.

Il doit charger les objets avec les précautions nécessaires pour prévenir les fractures (16).

Au surplus, le commentaire de l'art. 1784 nous offrira quelques détails qui se lient à cette matière.

918. Non-seulement le voiturier est astreint à toutes les mesures de garde et de précaution que suggère

(1) *Loc. cond.*, n° 27.
(2) L. 9, § 1, D. *Loc. cond.*; l. 19, § *Si quis*, id.; l. 6.
(3) *Loc. cond.*, n° 27.
(4) Arg. de la loi, l. 15, § 6, D. *Loc. cond.*
(5) V. l'art. 298 du C. de comm., § 2.
(6) L. ult., § 1, D. *Leg. Rhodiâ.* Art. 276 C. de comm. M. Pardessus, t. 2, n° 550. Voët, *Loc. cond.*, n° 27.
(7) Voët, *Loc. cond.*, n° 27.
(8) Pardessus, t. 2, n° 551.
(9) Art. 276, 277, 288 et suiv.
(10) Art. 1928.
(11) L. 25, § 7, D. *Loc. cond. Supr.*, n° 345.
(12) Mon Comm. de la *Vente*, n° 361 et *supr.*, n° 345, *Infr.*, n° 981.
(13) *Supr.*, nos 345, 363.
(14) *Supr.*, n° 385.
(15) M. Pardessus, t. 2, n° 542. Arg. de la loi 25, § 7, D. *Loc. cond. Infr*, n° 939.
(16) Caïus, l. 25, § 7, D. *Loc. cond.*

la prudence; comme dépositaire, il est encore tenu à des devoirs particuliers de fidélité. Il ne doit ni employer à son usage les choses confiées à sa garde (1), ni chercher à connaître en quoi elles consistent, lorsqu'elles ont été remises, scellées ou enfermées dans un coffre (2).

919. Il est obligé à les rendre identiquement (3), et il doit en faire la restitution, soit à l'expéditeur, soit à la personne indiquée par la lettre de voiture, par la feuille du conducteur, ou par la convention.

920. Si on ne peut trouver la personne indiquée, l'art. 106 du Code de commerce charge le voiturier commerçant de déposer la chose, après perquisition, dans le lieu désigné par le président du tribunal de commerce ou par le juge de paix. La vente peut en être ordonnée en sa faveur jusqu'à concurrence du prix de sa voiture.

Quant au voiturier non commerçant, il doit ramener le chargement, ou le déposer en lieu sûr avec l'autorisation du juge de paix ou du président du tribunal. Le prix du transport lui est dû en entier, ainsi que le remboursement de ses frais de justice, quand il a été contraint à en faire.

921. Voyons maintenant le cas de perte de la chose. Nous supposons ici que le voiturier n'a pu s'excuser par la force majeure.

Si donc, manquant à ses obligations, le voiturier se trouve dans l'impossibilité de remettre la chose, il est redevable du prix suivant une estimation faite d'après la valeur qu'elle avait au moment où la remise devait s'exécuter, si cette chose avait acquis une valeur supérieure au prix d'achat; et si la valeur avait diminué, l'expéditeur serait fondé à exiger le prix d'achat (4). La contrainte par corps existe contre le voiturier pour les dommages et intérêts auxquels il peut être condamné (5).

922. Mais ces règles de calcul, bonnes dans la théorie, sont d'une application fort difficile dans la pratique. Car comment les experts peuvent-ils fixer la valeur d'une chose qu'ils n'ont pas vue le plus souvent, et qui ne leur est pas représentée? C'est pourquoi les tribunaux ont un pouvoir discrétionnaire pour entendre des témoins, interroger les parties sur faits et articles, ou même déférer le serment au demandeur en indemnité, conformément à l'art. 1369 du Code civil. Ainsi, si la malle d'un voyageur s'est perdue en route, et qu'on ne sache pas la valeur des objets qu'elle contient, le juge fixera la somme jusqu'à concurrence de laquelle le demandeur en sera cru sur son affirmation, en ayant égard tant aux effets qu'à l'argent qu'elle renfermait (6), et il lui déférera le serment.

923. Les entrepreneurs de messageries ont essayé fréquemment de se soustraire à l'empire de cet article.

Ils ont d'abord prétendu que le voyageur n'a droit à une indemnité qu'autant que, lors de l'enregistrement de ses effets, il a fait connaître la nature et la valeur des objets chargés. Ils se prévalaient d'une sentence du Châtelet de Paris du 18 juin 1681, qui en réalité avait tenté d'imposer cette obligation. Mais jamais cette sentence n'avait été considérée comme obligatoire. Une partie ayant voulu l'invoquer devant la grande chambre du parlement, M. le premier président dit : « Nous ne savions pas que le Châtelet eût « le droit de faire des règlements (7). » C'était au voiturier à s'enquérir de la valeur des objets. Tant pis pour lui si, faute de cette précaution, il se trouve engagé au delà de ses prévisions.

Au surplus, nous reviendrons sur ce point en commentant l'art. 1785 (8).

924. Ce moyen échappant, les entrepreneurs de messageries se sont prévalus de l'art. 62 de la loi du 24 juillet 1793, qui fixait à 150 francs seulement l'indemnité due au propriétaire des objets perdus. Mais leur prétention a encore échoué. En effet, cette loi avait été faite pour la régie nationale des messageries; elle constituait un privilége exceptionnel, dont le bénéfice ne pouvait être invoqué par des entrepreneurs qui exploitent une affaire dans un intérêt privé (9).

925. Il reste donc acquis que les tribunaux peuvent, même à l'encontre des entrepreneurs de messageries, faire dépendre l'estimation de la chose qu'ils ont perdue, de l'affirmation du demandeur; on ne voit pas pourquoi les entrepreneurs de messageries seraient placés de droit hors de l'influence de l'art. 1369 et dans une position exceptionnelle (10).

926. Mais s'il existait une convention qui fixât, en cas de perte, la valeur de la chose à 150 francs, il faudrait tenir à ce pacte. Pour se placer dans cette position avantageuse, quelques administrations, toujours attentives à diminuer leurs risques aux dépens des voyageurs, ont soin de délivrer des bulletins imprimés ou des récépissés portant qu'en cas de perte l'indemnité restera fixée à 150 francs (11). Mais M. Pardessus croit que ces rédactions imprimées ne sont pas obligatoires pour les voyageurs (12).

927. Après le cas de perte, vient le cas d'avarie. Nous verrons par l'art. 1784 que dans le doute, le voiturier est présumé responsable de l'avarie éprouvée par la chose. Le destinataire qui veut profiter de cette responsabilité, doit, en cas de contestation, faire visiter la chose par des experts avant de la recevoir (13); car la réception des objets sans réclamation de la part du destinataire, jointe au payement du prix, élève contre toute réclamation une fin de non-recevoir (article 105, C. de comm.) (14).

928. Entre commerçants, la durée de l'action contre le voiturier pour raison de perte ou d'avarie est fixée à six mois par l'article 108 du Code de commerce.

En est-il de même dans les opérations de transport qui n'ont rien de commercial (15)? Je ne le pense pas.

---

(1) Art. 1930.
(2) Art. 1931.
(3) Art. 1932.
(4) M. Pardessus, t. 2, n° 541.
(5) Art. 1782, 1952, 2060, n° 2. M. Zachariæ, t. 3, p. 44. Paris, 9 avril 1819 (S., 19, 2, 394).
(6) V. *infr.*, n° 950, la preuve de ce point de droit qui a été contesté en ce qui concerne l'argent.
(7) Répert. de M. Merlin, v° *Messageries*, § 11, n° 4.
(8) N° 950.
(9) Cassat., 13 vendémiaire an x (S., 2, 1, 72); 6 février 1809 (S., 9, 1, 173). Paris, 1er germinal an xiii (S., 5, 2, 282). Rouen, 20 février 1816 (S., 16, 2, 108). Lyon, 6 mars 1821 (S., 21, 2, 225). M. Merlin (Rép., v° *Messageries*, § 11, nos 4 et 7). M. Duranton, *Louage*, n° 243. V. les observations de M. Defermon au conseil d'État (Fenet, t. 14, p. 259). Locré, t. 7, p. 171, n° 9.
(10) Paris, 19 avril 1809 (S., 9, 2, 394); 7 juillet 1832 (S., 32, 2, 469. D., 32, 2, 222); 3 mars 1831 (S., 33, 2, 186). Grenoble, 29 août 1833 (S., 34, 2, 622. D., 34, 2, 125). Cassat., 18 juin 1833 (S., 33, 1, 706. D., 33, 1, 282).
(11) M. Duvergier, t. 2, n° 325.
(12) T. 2, n° 554.
(13) Art. 106 C. de comm.
(14) M. Pardessus, t. 2, n° 547.
(15) *Supr.*, n° 903.

On ne saurait avoir la pensée de faire tourner au profit d'un charretier de la campagne, par exemple, ou d'un fermier chargé d'un transport, la disposition de l'art. 108 du Code de commerce.

La cour de cassation a même décidé, par arrêt de la chambre des requêtes, du 4 juillet 1816 (1), que cet article n'est pas applicable au transport d'une malle qu'un particulier confie à un commissionnaire de roulage, pour la faire arriver à sa destination. On a dit que cet arrêt va trop loin (2), parce que le voiturier est commerçant et qu'il serait contraire aux usages du commerce de le forcer à conserver pendant trente ans la preuve de la remise; on invoque en outre le décret du 1er août 1810, qui ordonne, après six mois, la vente aux enchères et à la diligence de l'administration des domaines, des effets transportés par voitures publiques ou messageries, pour le produit en être versé au trésor royal.

Il n'y a qu'un mot à répondre à ces objections, c'est que l'art. 108 du Code de commerce ne parle que de l'action pour perte ou avarie des *marchandises*; le mot est textuel et deux fois répété. Or la malle d'un particulier n'est pas une marchandise.

Quant au décret fiscal de 1810, je conçois que le trésor puisse s'en prévaloir contre le particulier qui n'a pas réclamé pendant six mois; je conçois même qu'il offre un argument péremptoire aux entrepreneurs de messageries, lorsque ceux-ci ont été dessaisis par l'administration des domaines. Mais si le fisc a gardé le silence, s'il ne s'est pas emparé à titre d'épave de la chose égarée, quelle exception ce décret pourrait-il offrir aux entrepreneurs de messageries, lorsque le débat s'agitera entre eux et le particulier demandeur?

En définitive donc, il me semble que dans l'état des textes, il serait arbitraire et dangereux de s'écarter de l'arrêt de la chambre des requêtes (3).

Article 1783.

Ils répondent non-seulement de ce qu'ils ont déjà reçu dans leur bâtiment ou voiture, mais encore de ce qui leur a été remis sur le port ou dans l'entrepôt pour être placé dans leur bâtiment ou voiture.

SOMMAIRE.

929. Du moment où commence la responsabilité du voiturier.
930. De la remise d'un objet faite en route.
931. De la remise à un préposé.
932. De ceux qu'on doit considérer comme préposés.
933. *Quid* du conducteur de diligence? Distinction à faire.
934. Suite. Précautions à prendre par le voyageur pour que ses effets soient censés reçus par l'entreprise. Nécessité d'en faire passer écriture dans les bureaux.
935. Exception pour les sacs de nuit.

COMMENTAIRE.

929. Il fallait fixer le moment précis où commence la responsabilité du voiturier. C'est ce dont s'occupe l'art. 1783.

Il n'est pas nécessaire que la chose ait été chargée sur le bâtiment ou sur la voiture, pour qu'elle soit aux risques du voiturier. Il suffit qu'il l'ait reçue dans ses magasins, dans ses entrepôts, ou même sur le port, pour en effectuer ensuite le chargement.

930. L'art. 1783 ne parle pas du cas où la remise a été faite sur la route pendant le voyage. Mais il n'importe. Ce cas est en tout semblable à ceux dont s'occupe notre article; il doit être résolu de la même manière. La station de la voiture à un point donné de la grande route, constitue son entrepôt; c'est son lieu de chargement; à peu près comme le port pour les bateaux et les bâtiments.

931. Pour que la responsabilité du voiturier soit engagée, il n'est pas nécessaire que la chose ait été remise au voiturier lui-même ou à l'entrepreneur; il suffit qu'elle ait été reçue par un de ses préposés ayant qualité pour recevoir les objets (4).

932. On ne doit pas considérer comme préposés à la réception des effets, les domestiques exclusivement employés au service de la personne de l'entrepreneur, et tout à fait étrangers à l'administration, aux écritures, au factage (5).

933. Mais un conducteur de diligences a-t-il qualité pour engager son administration? Il faut distinguer.

Quand un chargement s'effectue pendant la route, au moment des relais, le conducteur est le seul préposé apparent auquel on puisse s'adresser. Il représente l'entrepreneur, et ce qui lui est remis est censé remis à ce dernier (6).

934. Mais dans les lieux où il y a des bureaux de réception et d'inscription, il peut en être autrement. Là se trouvent des préposés aux écritures et des facteurs dont la mission spéciale est de recevoir et de porter ou faire porter sur les registres les objets qui font partie du chargement. Dans ce cas, la remise au conducteur, sans passer par les bureaux, peut n'être que le résultat d'une connivence entre celui-ci et le voyageur, pour échapper à la taxe des effets. On pressent facilement qu'alors le conducteur, loin d'être le représentant de l'administration, est plutôt son adversaire et que ses faits sont loin d'engager l'entrepre-

(1) P. 17, 1, 300.
(2) M. Duvergier, t. 2, n° 332.
(3) *Junge* M. Zachariæ, t. 3, p. 44.
(4) M. Pardessus, t. 2, n° 554.
(5) Cassat., 5 mars 1811 (S., 1, 1, 178).
(6) Ord. du 16 juillet 1828, art. 7. M. Pardessus, t. 2, n° 554. Les annotateurs de M. Zachariæ ont été frappés comme nous de la distinction que nous proposons ici et qui a échappé aux autres auteurs (t. 3, p. 41, note 2).

neur. C'est ce qui a été jugé par arrêt de la cour de cassation du 29 mars 1814 (1).

En général, il faut que le voyageur fasse passer écriture des objets qu'il charge dans une entreprise de messageries; s'il ne prend pas cette précaution, ou s'il ne se fait pas donner récépissé, il ne doit imputer qu'à lui-même l'irresponsabilité de l'entrepreneur, en cas de perte.

935. Toutefois, il y a des objets qu'on n'est pas dans l'usage de faire inscrire; tels sont les sacs de nuit (2). Je pense que la remise qui en serait faite au conducteur engagerait l'administration, si elle était prouvée, par exemple, par la feuille du conducteur, ou de toute autre manière (3). Le voyageur a intérêt à remettre son sac de nuit plutôt au conducteur qu'à tout autre, afin de pouvoir le trouver facilement s'il vient à en avoir besoin pendant le trajet.

ARTICLE 1784.

Ils sont responsables de la perte et des avaries des choses qui leur sont confiées, à moins qu'ils ne prouvent qu'elles ont été perdues ou avariées par cas fortuit ou force majeure (4).

SOMMAIRE.

COMMENTAIRE.

936. Cet article se rattache à l'art. 1782, mais il va plus loin que lui. L'art. 1782 n'a eu pour but que de définir le degré de faute dont est tenu le voiturier. L'art. 1784 décide cette autre question, qui consiste à savoir si l'on doit présumer la faute contre lui. Il n'existait pas dans le projet de Code soumis aux cours d'appel. La cour de Lyon en fit l'observation : « Le « Code omet de déclarer les voituriers responsables « de la perte et des avaries des marchandises, à moins « qu'ils ne prouvent la force majeure (5). » Cette observation détermina le conseil d'État à introduire dans le texte, l'art. 1784, qui tourne contre le voiturier les présomptions de la loi et qui dans le doute se prononce pour la responsabilité (6).

Cette règle, au premier coup d'œil, peut paraître sévère; elle n'est cependant que le corollaire des vrais principes de justice, et la conséquence de cette vérité fondamentale de cette matière, savoir, que tout débiteur d'une chose qui veut se décharger, par une exception de cas fortuit, de l'obligation de la rendre dans l'état où il l'a reçue, doit prouver son exception; sans quoi la perte ou la détérioration est censée être de son fait. C'est un point de droit sur lequel nous avons eu occasion d'insister fréquemment dans le cours de cet ouvrage (7), car le contrat de louage le reproduit à chaque instant; du reste, il n'est pas nouveau dans son application au voiturier. L'ancienne jurisprudence l'avait plusieurs fois consacré (8).

937. Ici revient cette autre doctrine sur laquelle j'ai aussi appelé plus d'une fois l'attention du lecteur, savoir, que pour arriver à une preuve complète de la force majeure, le débiteur de la chose doit prouver que sa faute n'a en rien contribué à amener l'événement (9). C'est ce qui résulte de plus fort des articles 1953 et 1954 applicables au voiturier. Pourquoi l'art. 1953 le rend-il responsable, de droit, des vols qui ne sont pas accompagnés de force ouverte ou de circonstances extraordinaires (10)? C'est qu'on présume qu'il n'y a que ceux-là qui ont pu tromper sa vigilance, tandis que les autres ne sont arrivés que par son défaut de prudence et de soins.

938. Ainsi, en résumé, deux points ressortent de notre article combiné avec l'art. 1782: 1° présomption de faute du côté du voiturier; 2° nécessité de dégager l'événement de force majeure de toute présomption ou indice de faute, pour arriver à une justification complète (11).

939. Si donc le voiturier remet les objets cassés ou avariés, c'est à lui à prouver que la fracture et la dégradation ont été causées par force majeure (12).

S'il rend les tonneaux de vins entamés, la présomption est encore que c'est lui qui est cause de l'avarie, soit parce qu'il a maltraité les futailles, soit parce qu'il n'a pas pris les précautions que lui indiquait la prudence pour les faire réparer (13).

Au surplus, nous renvoyons à l'art. 387 du Code

(1) S., 14, 1, 102. M. Duranton, *Louage*, n° 245.

(2) Cassat., 19 frimaire an VII (S., 1, 1, 199). M. Duranton, *loc. cit. Infr.*, n° 948.

(3) *Supr.*, n° 908.

(4) V. *supr.*, nos 916 et 917.

(5) Fenet, t. 4, p. 210.

(6) M. Pardessus, t. 2, nos 542 et 545.

(7) *Supr.*, nos 221, 222 et 223, et surtout 342, 356. *Infr.*, n° 987.

(8) V. les arrêts rapportés au Répert. de M. Merlin, v° *Messageries*, § 11, n° 2. *Junge* arrêts de la cour de cassation des 2 thermidor an VIII (S., 1, 1, 315) et 21 janvier 1807 (S., 7, 1, 138). Paris, 31 août 1808 (S., 8, 2, 278); 3 mars 1831 (D., 33, 2, 17. S., 33, 2, 186). Metz, 18 janvier 1815 (S., 19, 2, 78).

(9) Nos 342, 365, 366. *Infr.*, n° 987.

(10) Paris, 3 mai 1831 (S., 33, 2, 186). V. *supr.*, n° 824, ce que je dis du cas où l'objet est volé et de celui où il est retrouvé.

(11) *Junge* art. 103 C. de comm.

(12) Caius, l. 25, § 7, D. *Loc. cond.*

(13) *Supr.*, n° 917.

pénal, pour le fait de mélange ou d'altération des vins, liquides, marchandises, dont le transport leur est confié.

940. Un des moyens les plus fréquents qu'emploient les voituriers pour échapper à la responsabilité, c'est l'allégation du défaut d'emballage. Si en effet les objets n'ont pas été conditionnés et emballés suivant leur nature, l'accident qui leur arrive est le résultat d'une faute de l'expéditeur, et il serait injuste de l'imputer au voiturier (1). Mais dans combien de cas les voituriers ne se font-ils pas, du défaut d'emballage, un prétexte frivole pour colorer leur absence de soins!

941. Une autre cause d'excuse se puise dans cette circonstance : que l'avarie aurait eu lieu par le vice propre de la chose (2). Mais le fait doit être prouvé ; il ne faut pas perdre de vue que le voiturier est toujours astreint à donner la justification de son allégation.

942. On peut demander si le voiturier pourrait puiser un autre moyen de défense dans une convention qui le déclarerait irresponsable pour fait de bris ou de coulure.

M. Pardessus croit cette clause sans valeur (3); car, dit-il, « nul ne peut stipuler qu'il ne répondra pas de ses fautes et délits. »

Je ne partage pas cette opinion dans toute son étendue.

Sans doute, toute convention qui affranchirait le voiturier des soins qui excluent la faute, serait immorale et inadmissible, et je suis le premier à penser que le voiturier ne pourrait trouver son refuge dans un tel moyen. Oui, il faut le reconnaître : quels que soient les termes du contrat, la force majeure seule peut excuser, et s'il est prouvé que le bris et la coulure ont eu lieu sans force majeure, le voiturier devra indemniser l'expéditeur. Mais qui prouvera la force majeure? sera-ce le demandeur en nullité de la convention, ou le voiturier? C'est ici le point faible ou incomplet de l'opinion de M. Pardessus. Car enfin que prétend le demandeur? Que la convention est nulle parce qu'elle affranchit le voiturier de la responsabilité de la faute? Mais le voiturier ne soutient pas qu'elle est valable sous cette couleur. Il consent à répondre de sa faute ; mais il dit que c'est à son adversaire à prouver qu'il a été négligent ; car il est demandeur en nullité, et pour prouver la nullité du traité, ou l'inutilité de la convention, il faut qu'il arrive jusqu'à établir que ce n'est pas la force majeure qui a causé l'avarie.

943. D'autres fins de non-recevoir existent contre l'action en indemnité pour perte ou pour avarie. J'en ai parlé aux nos 927 et 928.

Article 1785.

Les entrepreneurs de voitures publiques par terre et par eau et ceux des roulages publics doivent tenir registre de l'argent, des effets et des paquets dont ils se chargent.

SOMMAIRE.

COMMENTAIRE.

944. Les entrepreneurs de voitures publiques, soit par terre, soit par eau, ceux des roulages publics, sont soumis par notre article à une mesure particulière dont l'importance se fait sentir d'elle-même ; c'est l'obligation de tenir des registres sur lesquels sont inscrites les remises de l'argent, des effets et des paquets dont ils se chargent.

945. Cet enregistrement est forcé de la part de l'entrepreneur. Il doit être effectué sans que le voyageur le requière, et même malgré lui, sinon l'entrepreneur est en faute (4). La loi a voulu que le public eût une garantie contre les entreprises de messageries et de roulage, et cette garantie se puise dans la tenue des registres dont il est ici question.

L'inscription d'un objet sur les registres de l'entreprise fait preuve contre elle du dépôt (5), et donne prise à sa responsabilité. L'objet inscrit doit être restitué, sinon le voiturier doit en payer la valeur sui-

(1) M. Pardessus, t. 2, n° 542. M. Duvergier, t. 2, n° 331. M. Zachariæ, t. 3, p. 42.
(2) Art. 103 C. de comm.
(3) T. 2, n° 542. *Junge* arrêt. *Requêt.*, rejet 21 janvier 1807 (S., 7, 1, 138).
(4) M. Cambacérès (Fenet, t. 14, p. 585). Locré, t. 7, p. 171, n° 9.
(5) M. Pardessus, t. 2, n° 554.

vant les règles que nous avons indiquées ci-dessus (1).

946. Mais l'inscription peut manquer par deux causes: 1° par le fait du voyageur qui a oublié de mettre l'entrepreneur à même d'inscrire l'article, ou qui cherche à se soustraire au prix de transport; 2° par le fait de l'entrepreneur, qui peut s'être rendu coupable d'omission, ou même qui veut échapper à la responsabilité.

947. Dans le premier cas, le voiturier est déchargé. La perte est pour le compte du voyageur (2) qui n'a pas fait savoir aux entrepreneurs ce dont il les chargeait, et qui, par conséquent, n'a pu attendre d'eux des soins qu'il n'a pas sollicités. Cette vérité serait d'autant plus frappante s'il y avait de sa part calcul frauduleux (3).

948. Toutefois une telle rigueur serait déplacée s'il s'agissait de certains petits effets qu'on n'est pas dans l'habitude d'inscrire, tels que sacs de nuit, manteaux, etc. (4). C'est ce qu'a jugé la cour de cassation par arrêt du 19 frimaire an VII (5).

« Considérant que si, d'après les lois des 23-24 juillet et 11 août 1793, les directeurs des messageries publiques ne doivent répondre que des effets, ballots et paquets inscrits sur les registres sans désignation spécifique et estimation, on ne peut pas en conclure que la loi du 19 janvier 1793, qui permet à chaque voyageur de transporter avec lui un sac de nuit du poids de quinze livres, sans rien payer, se trouve abrogée, ni que les directeurs ne soient pas tenus d'une indemnité envers le voyageur dont le sac de nuit a été perdu par le fait du cocher leur préposé;

« Considérant que *dans l'usage on n'inscrit pas sur les registres les sacs de nuit qui sont pour les besoins journaliers des voyageurs;* que *simplement il en est fait note sur la feuille de route,*

« Rejette. »

Cet arrêt est tout à fait juridique; la décision qu'il consacre est d'autant plus incontestable dans l'espèce que le fait de la remise était constaté, comme on a pu le remarquer, par la feuille du conducteur.

949. Je crois même qu'on pourrait aller plus loin, et soutenir que le dépôt du sac de nuit peut être prouvé par la preuve testimoniale. Il y a, en effet, un point bien constant que nous venons de voir ressortir des observations précédentes, et sur lequel M. Treilhard insistait au conseil d'État; c'est que « les voyageurs ont le droit de porter avec eux un paquet dont « le poids est déterminé; qu'il n'y a ni reçu ni enregistrement de ce paquet, et que cependant l'entre- « preneur en demeure chargé (6). » Il est certain, en outre, que ces objets, qui accompagnent la personne du voyageur, ne sont apportés « qu'au moment « de partir, alors qu'il n'y a pas le temps de remplir « les formalités (7) »; dès lors ils constituent en quelque sorte un dépôt nécessaire; ce qui rend la preuve testimoniale toujours admissible.

950. Reste à examiner une dernière difficulté.

Admettons que le voyageur a fait inscrire sa valise, mais qu'il n'a pas nommément déclaré une somme d'argent qui y était renfermée. Les tribunaux pourront-ils avoir égard à l'affirmation du voyageur, conformément à l'art. 1369 du Code civil?

La raison de douter est tirée de notre art. 1785, qui, en obligeant les entrepreneurs à tenir registre de l'*argent*, semble avoir pour conséquence nécessaire d'obliger le voyageur à le déclarer; et cette raison a paru assez grave à M. Toullier pour le déterminer à rejeter la réclamation du voyageur (8). Il fortifie d'ailleurs sa résolution de deux arrêts, l'un de la cour de Bruxelles (9), l'autre de la cour de Paris (10), et de l'opinion suivie dans l'ancienne jurisprudence (11).

Mais je crois cette manière de voir trop absolue (12). Je ne vois dans l'art. 1785 rien d'assez restrictif pour faire exception à l'art. 1369 du Code civil.

Une malle est perdue; elle a été déclarée et enregistrée. Quelle est la valeur des objets qu'elle contenait? Telle est la question sur laquelle l'art. 1369 donne au juge un moyen de découvrir la vérité, et je ne vois pas pourquoi l'on voudrait retrancher les sommes d'argent des éléments qui concourent à déterminer cette valeur. Tout est dans ce point unique: Le voyageur mérite-t-il la confiance de la justice? Son affirmation est-elle conforme à la vérité? Si elle est sincère, pourquoi vouloir décharger les entrepreneurs? Car, enfin, n'ont-ils pas reçu la valise qui contenait l'argent? Pourquoi ne la représentent-ils pas? Pourquoi leur faute doit-elle retomber sur le voyageur?

Serait-ce parce qu'il n'a pas déclaré nommément la somme d'argent? mais il a déclaré le *paquet* qui la contenait, et l'art. 1785 n'en exige pas davantage. Cet article ne demande la mention spéciale de l'argent que quand il doit voyager seul.

Que si l'art. 1785 n'était pas entendu en ce sens, on pourrait, à l'aide du raisonnement de M. Toullier, rendre tout à fait illusoire la responsabilité des entrepreneurs, même en ce qui concerne les effets. Car enfin, s'il est rigoureusement nécessaire de préciser les sommes d'argent, pourquoi pas aussi les effets qui, dans l'art. 1785, sont sur la même ligne? Pourquoi n'objecterait-on pas au voyageur: « Vainement vous « avez fait enregistrer votre malle, c'est-à-dire un « article que l'art. 1785 comprend sous la dénomina- « tion de paquet. La déclaration d'une malle en « général ou d'un paquet n'est pas suffisante pour « engager la responsabilité des entrepreneurs à l'é- « gard de l'argent qui y est renfermé, lorsque cet « argent n'a pas été expressément déclaré: Eh bien! « Cette déclaration est également inefficace pour les « autres effets que vous prétendez être renfermés « dans votre malle ou dans votre paquet; vous auriez « dû les détailler; car il ne faut pas plus de vague à « l'égard des effets qu'à l'égard de l'argent; toutes « ces choses marchent de pair dans le texte de l'ar- « ticle 1785. »

C'est ainsi que l'on effacerait en détail ce que l'article 1785 trouve très-bon en bloc; c'est ainsi que, par un ingénieux artifice, les entrepreneurs arriveraient à se décharger de la responsabilité du contenu pour n'avoir plus à rendre compte que du contenant. Ils seraient quittes en restituant quatre planches de sapin, ou une toile d'emballage!

Notez d'ailleurs que l'art. 1785 ne s'adresse pas directement au voyageur. Ce n'est pas à lui qu'il impose

(1) Nos 922, 923.
(2) Cassat., 9 nov. 1829 (D., 29, 1, 378. S., 29, 1, 411).
(3) Toulouse, 9 juillet 1829 (D., 30, 2, 3. S., 30, 2, 47).
(4) *Supr.*, no 935.
(5) S., 1, 1, 199.
(6) Fenet, t. 14, p. 259. Locré, t. 7, p. 171, no 9.
(7) M. Treilhard (Fenet, t. 14, p. 257, 258). Locré *ut suprà*.
(8) T. 11, no 255.
(9) 28 avril 1810 (S., 11, 2, 21).
(10) 2 avril 1811 (S., 14, 2, 100). Dalloz, *Responsabilité*.
(11) V. en effet le Nouveau Denizart, vo *Aubergiste*, § 3, no 3, et Rousseau de Lacombe, vo *Coches*, qui cite un arrêt du 5 janvier 1627.
(12) Elle est cependant suivie par M. Zachariæ, t. 3, p. 43.

une obligation précise; c'est à l'entrepreneur (1), et l'on voudrait trouver dans ce texte une arme pour battre le premier! on voudrait lui enlever le bénéfice de l'art. 1369, expression du droit commun, lorsque, par la déclaration de sa valise, il a tout fait pour exciter la vigilance des entrepreneurs et se mettre en règle!

Non, dit-on (2); car si ces derniers eussent su qu'il y avait de l'argent dans la malle, ils auraient redoublé de soins; ils l'auraient mise dans une partie de la voiture plus à l'abri des accidents; ils l'auraient plus spécialement recommandée au conducteur.

Comment! il y a donc des objets, appartenant à la même classe, que les entrepreneurs se permettent d'exposer plus ou moins! il y a entre les malles des voyageurs un choix et des préférences! il y en a qui sont moins recommandées que d'autres! Eh! de quel droit, je vous prie, les entrepreneurs osent-ils entrer dans ces distinctions? Quoi! parce qu'une malle ne contiendra pas d'argent, elle sera moins précieuse à leurs yeux? Ils seront maîtres de décider que telle valise qui renferme des papiers de famille du plus haut prix, ou des objets d'une grande valeur d'affection, pourra être reléguée dans la partie de la voiture *qui est moins à l'abri des accidents*, ou *parmi les effets qu'on recommande moins spécialement au conducteur!*

J'ajoute que les entrepreneurs doivent savoir que les malles des voyageurs contiennent ordinairement de petites sommes d'argent, par exemple de 300 ou 1,000 francs, plus ou moins, nécessaires aux besoins du voyage et aux premières dépenses d'arrivée. C'est ce qui se pratique habituellement et très-légitimement, et ils doivent mesurer sur cet usage leur vigilance et leur précaution.

Et ceci répond à une citation du Nouveau Denizart, faite avec peu de bonheur par M. Toullier. « On n'est « pas libre, dit le passage invoqué par M. Toullier, « de rendre les aubergistes responsables de *sommes* « *indéfinies*, en supposant dans les malles des effets « précieux, *tels que des diamants et des bijoux qui* « *ne soient pas présumés y être.* »

Ici il ne s'agit pas de sommes indéfinies. Le juge n'admet l'affirmation que dans la mesure raisonnable que j'indiquais à l'instant, et d'après les règles d'équité données par l'art. 1369. C'est un point que le système que je combats perd sans cesse de vue.

Il ne s'agit pas non plus d'objets qui ne soient pas présumés être dans les malles; car la présomption est au contraire qu'ils y sont.

951. Enfin, cette citation du Nouveau Denizart achève de prouver le danger et l'arbitraire qu'il y a à s'écarter de l'art. 1369. En effet, si, à l'aide d'une parole mal interprétée dans l'art. 1785, on peut parvenir à donner une couleur au système d'irresponsabilité en ce qui concerne l'argent, il n'en est pas de même à l'égard des diamants, bijoux, écrins, dont ce texte ne dit pas un mot. Or, de deux choses l'une : ou il faudra étendre à ces objets précieux la doctrine de M. Toullier sur l'argent et appliquer dans toute sa latitude la citation du Nouveau Denizart, et alors on franchira à pieds joints la limite des textes; ou bien on ne s'en tiendra à l'irresponsabilité que pour l'argent, à cause de l'art. 1785, et l'on restera dans le droit commun pour les bijoux; et alors quelle inconséquence!

952. Toutes ces considérations me déterminent à me ranger du côté d'un arrêt de la cour de Montpellier qui a condamné un entrepreneur de messageries à payer à un voyageur, outre la valeur des effets contenus dans sa malle, une somme de 800 fr. en or qu'il y avait placée. Le pourvoi contre cet arrêt a été rejeté par arrêt de la cour de cassation du 16 avril 1828 ainsi conçu (3) :

« Attendu que l'arrêt de la cour de Montpellier est « motivé plutôt en fait qu'en droit; qu'il ne juge pas, « d'une manière absolue, que les entrepreneurs de « voitures publiques sont responsables *indéfiniment* « de l'argent contenu dans les malles ou valises, et « non formellement déclaré par les voyageurs; que « sa décision est principalement basée sur ce qu'il « résulterait des faits et circonstances particulières « de la cause *que l'affirmation du voyageur était* « *conforme à la vérité, et que de cette appréciation de* « *circonstances il ne peut sortir aucune violation des* « *lois*,

« Rejette. »

Tel est précisément le système que j'ai soutenu. L'entrepreneur n'est pas tenu de droit et indéfiniment comme si l'argent eût été déclaré; non! il n'est tenu que lorsque le voyageur a prêté l'affirmation dans les limites de l'art. 1369, et que sa déclaration mérite confiance. On ne saurait mieux dire.

953. Arrivons maintenant au cas tout différent où le défaut d'enregistrement a eu lieu par le fait de l'entrepreneur; le voyageur ne doit pas en souffrir. Muni de son reçu, il l'opposera au voiturier, et cette pièce suffira pour engager l'entrepreneur et le mettre en faute (4).

954. Mais si le voyageur a perdu ce reçu, restera-t-il à la merci de l'entrepreneur qui a omis de faire l'enregistrement?

Avant de répondre à cette question, élaguons d'abord un premier point qui, lors des travaux préliminaires du Code civil, donna lieu à quelques observations de la part de la cour d'appel de Lyon.

« On observe, disait-elle : 1° que le Code ne « prévoit pas le cas où, malgré ce qui est prescrit, « les voituriers n'auraient pas de registres; 2° qu'il « n'autorise pas formellement la preuve dans le cas « prévu où le défaut d'inscription serait l'effet du « dol.

« Dans ces deux cas la preuve doit être admise, « parce que les voituriers, quelle que soit leur dénomination, sont *certainement des dépositaires nécessaires* comme les hôteliers, et *doivent être assujettis* « *aux mêmes actions* (5). »

Ne perdons pas de vue les deux hypothèses que la cour de Lyon a en perspective : 1° non-existence de registres; 2° non-inscription par dol. Dans ces deux cas, il n'est pas nécessaire de recourir aux règles du dépôt nécessaire pour autoriser la preuve. Elle se légitime dans la seconde hypothèse par l'allégation de dol qui fait exception à toutes les règles, et dans la première par un fait qui constitue une faute tellement grave qu'on peut la mettre sur la même ligne que la fraude.

955. Maintenant supposons que l'entrepreneur tienne des registres, sans qu'ils fassent mention de l'objet réclamé, et que d'un autre côté le voyageur, sans articuler une fraude caractérisée, déclare qu'il a perdu son récépissé, ou qu'il ne lui en a pas été donné.

(1) *Supr.*, n° 945.
(2) M. Duvergier, t. 2, n° 329.
(3) Dalloz, 28, 1, 212. Sirey, 28, 1, 163.
(4) M. Cambacérès (Fenet, t. 14, p. 259). Locré, t. 7, p. 171, n° 9.
(5) Fenet, t. 4, p. 209, 210.

La preuve sera-t-elle admissible au-dessus de 150 francs?

M. Cambacérès paraît avoir considéré l'affirmative comme certaine.

« Très-souvent, disait-il, on se borne à prendre un « reçu; mais si le propriétaire le perd et que l'entre- « preneur soit de mauvaise foi, comment prononcer « entre eux? Par les registres, répond-on, et le Code « civil obligera d'en tenir.

« Mais cette disposition aura-t-elle infailliblement « l'effet de faire enregistrer tous les paquets dépo- « sés? Elle aura donc un résultat désastreux, en ce « qu'elle avertira l'entrepreneur que pour échapper « à la responsabilité, il lui suffira d'éluder l'enregis- « trement. »

« On objectera qu'il faut cependant à l'entrepre- « neur une garantie contre la mauvaise foi du voya- « geur.

« Il aura cette garantie si l'on fixe un *maximum* « aux réclamations, qu'on défère l'affirmation, et « que dans tous les cas les tribunaux puissent avoir « égard aux indices qui démontreraient sa bonne « foi (1). »

Enfin M. Berlier exprimait d'une manière formelle que la preuve testimoniale était admissible; et cela en vertu des règles particulières du dépôt nécessaire. Cette preuve lui paraissait avoir d'autant moins d'inconvénient que le juge ne l'admettrait qu'avec circonspection, suivant les circonstances des faits et l'état des personnes (2).

956. Quelle que soit l'autorité qui s'attache à ces opinions, je les repousse comme fautives. Elles ont pour point de départ une idée que le Code n'a pas sanctionnée, savoir, que l'entrepreneur est assujetti pour la preuve de la remise des effets aux mêmes obligations que l'aubergiste. J'ai démontré ci-dessus (3) qu'il n'est pas possible de plier les textes à cette manière de voir.

En thèse ordinaire, le voyageur qui a perdu son récépissé ne devra imputer qu'à sa négligence d'avoir laissé échapper la preuve que l'entrepreneur a mise dans ses mains. Entre le voyageur qui affirme sans preuves, et l'entrepreneur qui, en sa qualité de défendeur, n'a rien à prouver au soutien de sa dénégation, le juge n'aura pas à hésiter; il renverra l'entrepreneur des fins de la demande. Il en sera de même quand le voyageur aura omis de se faire donner un récépissé. Il fallait qu'il en exigeât un; sinon il ne devait pas quitter le bureau sans que ses effets fussent inscrits sur les registres.

957. Au surplus, la disposition de l'art. 1785 n'est pas applicable aux simples voituriers, qui, ne sachant pas écrire pour l'ordinaire, seraient hors d'état de tenir des registres. La loi n'a voulu assujettir à des formalités plus sévères que les entrepreneurs (4).

Article 1786.

Les entrepreneurs et directeurs de voitures et roulages publics, les maîtres de barques et navires sont en outre assujettis à des règlements particuliers qui font la loi entre eux et les autres citoyens.

SOMMAIRE.

958. Objet des règlements particuliers annoncés par l'art. 1786.

COMMENTAIRE.

958. Les règlements particuliers annoncés par l'art. 1786, et qui assujettissent les entrepreneurs publics de transport, n'ont pas pour objet de régler les rapports résultant du contrat de louage. Ils sont établis dans une vue principale de sûreté publique et de conservation des grandes routes. Néanmoins les voyageurs et les expéditeurs sont tenus de s'y conformer et d'en souffrir l'exécution; d'un autre côté, ils ont action pour en réclamer l'observation quand ils y ont intérêt. Je ne fais que reproduire ici les observations très-justes de M. Zachariæ (5).

SECTION III.

DES DEVIS ET DES MARCHÉS.

Article 1787.

Lorsqu'on charge quelqu'un de faire un ouvrage, on peut convenir qu'il fournira seulement son travail ou son industrie, ou bien qu'il fournira aussi la matière.

(1) Fenet, t. 14, p. 260. Locré, t. 7, p. 171, n° 9.
(2) Id., *loc. cit.*
(3) N° 908.
(4) M. Bigot (Fenet, t. 14, p. 238). Locré, t. 7, p. 172, n° 9.
(5) T. 3, p. 44 et 45. V. décret du 14 fructidor an XII; du 28 août 1808; 13 août 1810. Loi du 25 mars 1817, art. 115. Ordonn. des 4 février 1820, 27 septembre 1827, 16 juillet 1828. Loi du 28 juin 1829.

SOMMAIRE.

COMMENTAIRE.

959. La troisième section du chapitre III, quoique ayant beaucoup d'analogie avec la première, ne se confond pas avec elle. Ce sont deux espèces du même genre (art. 1779), mais deux espèces ayant chacune leur physionomie et leurs traits particuliers.

La première section, en effet, n'a en vue que des services, ouvrages ou travaux, distribués suivant une certaine mesure de temps, et employés comme moyens d'obtenir tel ou tel résultat général qui demeure au compte du maître. Dans la troisième section, au contraire, ce qui fait l'objet du contrat, c'est un résultat préfix, défini, convenu, dont le maître a remis l'issue à l'ouvrier, et que celui-ci a promis de réaliser par son industrie, moyennant un prix fait, et abstraction faite du temps qu'il y emploiera. Quand, par exemple, un fermier loue des journaliers pour l'aider à la moisson, le contrat de louage qu'il passe avec eux ne fait pas passer à leur compte l'opération de la moisson; c'est toujours lui qui reste maître de l'entreprise; c'est lui qui supporte les lenteurs imprévues qu'elle peut entraîner. Les journaliers ont gagné jour par jour le prix de leur travail, et ils en sont créanciers avant même que la moisson ne soit finie. Pourvu qu'ils emploient leur temps loyalement et convenablement, ils sont quittes envers le maître, indépendamment de la fin de l'entreprise. Mais si j'emploie un charpentier pour faire une toiture à ma maison de ferme, moyennant un prix fait, je ne dois le prix qu'autant que l'ouvrage est consommé, et le charpentier ne sera libéré envers moi de son obligation qu'autant que l'ouvrage m'aura été livré par lui en bon état de réception (1). Nous verrons plus tard l'utilité de ces distinctions admises déjà dans l'ancienne jurisprudence, mais dont le Code civil a tiré des conséquences plus précises (2).

960. Le marché à prix fait se présente sous deux aspects.

Quelquefois le prix consiste en une somme unique pour la totalité de l'ouvrage. C'est ce que les Romains appelaient *per aversionem locatio conductio* (3).

Quelquefois il est réglé à tant la pièce ou à tant la mesure (art. 1791) (4). C'est ainsi que, dans plusieurs de nos provinces, les vignerons sont chargés de cultiver et de soigner les vignes d'un propriétaire à tant par hectare, pour chaque année (5).

961. Souvent le prix de l'ouvrage n'est pas déterminé d'avance. Mais il n'importe; on sous-entend qu'il sera réglé suivant l'usage, ou bien suivant l'estimation que les parties en feront amiablement, ou bien enfin d'après une expertise.

962. Mais voici une autre distinction non moins importante que nous trouvons écrite dans l'art. 1787.

Ou il est convenu que l'ouvrier fournira seulement son travail ou son industrie, ou il est convenu qu'il fournira aussi la matière.

Dans ces deux hypothèses, le péril de la chose se règle diversement, comme nous le verrons par les art. 1788, 1789, 1790. Mais avant d'en venir à l'exposition de ces différences, il faut rechercher si, dans l'un et l'autre cas, le contrat est toujours un louage d'ouvrage. Ce point a soulevé de nombreuses controverses dans le droit romain, et les disputes ne sont pas encore finies. Sachons donc à quoi nous en tenir; car ce point a de l'importance, ainsi que nous le verrons plus bas (6), et les annotateurs de M. Zachariæ ont tort de le considérer comme étant de pure curiosité (7).

963. Et d'abord nul doute que l'on ne doive qualifier louage la convention par laquelle on charge un ouvrier de faire un travail en lui fournissant la matière. Ce n'est pas sur ce point que les esprits se sont divisés (8).

Mais en est-il de même quand la matière est fournie par l'ouvrier?

J'ai rappelé ci-dessus le système de Cassius sur cette question : soit une convention par laquelle un individu charge un joaillier de lui faire des bijoux avec de l'or que ce dernier lui fournira. Y a-t-il là un louage, ou une vente, ou un mélange de vente et de louage? On a vu que Caïus et, d'après lui, Justinien, repoussant l'amalgame des deux contrats admis par Cassius, s'étaient prononcés pour l'unité de la convention (*unum esse negotium*), et décidaient qu'il y avait vente et non louage (9). Tel était aussi le sentiment de Sabinus, de Pomponius et de Javolénus (10).

Cette solution était fort plausible; car enfin quelle

(1) M. Duranton, *Louage*, n° 248. M. Duvergier, t. 2, n° 333.
(2) *Infr.*, nos 977 et 978.
(3) Florentinus, l. 36, D. *Loc. cond.*
(4) Id., *In pedes mensurdve*. V. *infr.*, n° 973.
(5) Dans le département de la Gironde on les appelle *Prix-faiteurs*, parce qu'ils sont engagés à prix fait.
(6) V. par exemple, *infr.*, nos 992, 1015, 1030, 1044.
(7) T. 3, p. 45, note 2.
(8) V. l'art. 1711.
(9) *Supr.*, n° 789.
(10) L. 20 et 65, D. *De cont. empt.*

différence y a-t-il entre un tel marché et la convention par laquelle je vais chez un bijoutier lui acheter un bijou déjà façonné? Qu'importe que le travail soit fait ou qu'il soit à faire? Dans un cas comme dans l'autre. n'est-ce pas toujours une affaire de même nature? Et si la première est une vente, comme personne ne saurait le contester, pourquoi la seconde serait-elle une vente mêlée de louage (1)?

964. Toutefois ne nous hâtons pas trop de généraliser, et ne disons pas brusquement qu'il y a vente toutes les fois que la matière est fournie par celui qui fait l'ouvrage; nous nous tromperions.

En effet, quoique l'ouvrier soit chargé de faire certaines fournitures, ce ne sera cependant pas un contrat de vente, si le maître fournit de son côté la matière principale. Ce sera un contrat de louage pur et simple.

Pothier donne cet exemple : « Lorsque j'envoie « chez mon tailleur de l'étoffe pour faire un habit, « quoique le tailleur, outre sa façon, fournisse les « boutons, le fil, même la doublure et les galons, « notre marché n'en sera pas moins un contrat de « louage, parce que l'étoffe que je fournis est ce qu'il « y a de principal dans un habit (2). »

Mais écoutons le jurisconsulte Paul; il va nous offrir un exemple plus saillant encore (3).

Je fais marché avec un architecte pour qu'il me construise une maison sur un terrain dont je suis propriétaire, à la condition qu'il fournira tous les matériaux. Ici la fourniture est très-considérable, néanmoins notre convention n'est qu'un louage, *quia ædificium solo cedit* (4). Cette opinion était aussi celle de Pomponius et de Sabinus (5).

965. Admise sans contestation dans l'ancienne jurisprudence, cette doctrine est-elle passée dans le Code civil? L'affirmative me paraît plus claire que le jour. Mais comme elle ne se montre pas à tous les esprits avec les mêmes caractères d'évidence, je crois nécessaire d'entrer ici dans quelques détails qui dissiperont, j'espère, tous les nuages.

Lors de la discussion de l'art. 1711 au conseil d'État, M. Regnaud de Saint-Jean d'Angely fit observer que le devis, marché ou prix fait, est une convention qui *passe les bornes du louage* lorsqu'elle comprend, indépendamment de la main-d'œuvre, la fourniture des matériaux. Cette observation, juste sous certains rapports, péchait par trop de généralité, ainsi que nous l'avons vu au n° 964 (6). Mais comme elle reposait sur un incontestable fond de vérité, elle produisit son effet. Car M. Regnaud ayant demandé que l'article fût rédigé dans le sens de sa distinction, cette proposition fut adoptée, et l'on ajouta à l'article primitif ces mots remarquables : *lorsque la matière est fournie par celui pour qui l'ouvrage se fait* (7).

Jusqu'ici il est clair que la théorie des lois romaines a été sciemment importée dans l'art. 1711, mais elle apparaît plus évidente encore, cette théorie, quand on quitte les généralités de l'art. 1711 pour étudier les dispositions spéciales de la section 3 du chapitre III. On voit en effet que l'idée de M. Regnaud avait présidé à la rédaction originaire de la section 3; car l'article 1787 (art. 110) était ainsi conçu dans le travail proposé au conseil d'État :

« Lorsqu'on charge quelqu'un de faire un ouvrage, « on peut convenir qu'il fournira seulement son « travail ou son industrie, ou bien qu'il fournira « aussi la matière.

« Dans le premier cas, *c'est un pur louage*.

« Dans le second, c'est *une vente d'une chose une « fois faite* (8). » Rien de plus frappant que ce texte; il démontre que M. Regnaud n'avait voulu rien autre chose que mettre l'art. 1711 d'accord avec lui.

Mais bientôt voici ce qui arriva. Le tribunat proposa de supprimer ces deux alinéa, *comme étant de pure doctrine et n'ayant nullement le caractère d'une disposition législative* (9). C'est à cet amendement que nous devons la rédaction actuelle de l'art. 1787.

Ainsi ce n'est pas pour s'éloigner des lois romaines qu'on effaça de l'art. 1787 les deux paragraphes qui le terminaient; c'est pour ne pas faire de la doctrine, et pour conserver à la loi son langage impératif et dispositif.

Et d'ailleurs, comment le tribunat aurait-il eu la pensée de faire du nouveau? N'avait-il pas devant les yeux l'art. 1711 déjà sanctionné par lui? Ne s'était-il pas associé à l'amendement de M. Regnaud (10)? N'avait-il pas cherché à le rendre plus clair et plus correct? Peut-on supposer que, faisant tout à coup volte-face, il voulût se mettre en contradiction avec lui-même?

Mais continuons à suivre dans toutes ses phases la pensée du législateur.

« L'art. 1787, disait M. Mouricault, commence par « distinguer le cas où l'ouvrier ne doit fournir que « son travail, de celui où il s'est engagé à fournir aussi « la matière.

« Lorsque l'ouvrier fournit la matière, *le contrat « se rapproche de la vente*, puisque c'est la chose en-« tière, matière et travail réunis, que l'ouvrier s'est « engagé à fournir au prix convenu; il demeure donc « propriétaire jusqu'à la confection de l'ouvrage, jus-« qu'au moment où il est en état et offre d'en faire « la livraison. La chose reste donc à ses risques jus-« que-là.

« Si au contraire l'ouvrier n'a promis que son tra-« vail *ou même des matériaux, si la chose principale « est fournie par le maître*, comme lorsqu'un entre-« preneur s'est engagé à bâtir une maison sur le terrain « du maître, *c'est un véritable bail d'ouvrage* (11). »

Certes, il n'est pas possible de tenir un langage plus explicite; on retrouve là tout le système des lois romaines avec ses principes, ses distinctions, ses limitations.

966. Comment se fait-il donc que MM. Duranton (12) et Duvergier (13) aient vu dans l'art. 1787 le renversement de tout cela? Comment se sont-ils imaginé que le législateur, effaçant par l'art. 1787 ce qu'il avait écrit dans l'art. 1711, a imprimé le caractère d'un louage pur et simple au contrat en vertu duquel l'ouvrier donne tout à la fois son ouvrage et la matière? C'est qu'ils ont négligé d'étudier les épreuves par lesquelles les art. 1711 et 1787 ont passé, et qu'ils ont ignoré l'unanimité d'efforts dont ces deux textes ont été environnés par les rédacteurs du Code civil pour reproduire en eux la pensée des lois romaines. Sans quoi ils n'auraient jamais pu avoir cette

(1) Vinnius, *Inst.*, lib. 3, t. 25.
(2) *Louage*, n° 394.
(3) L. 22, § 11, D. *Loc. cond.*
(4) *Junge* Pothier, n° 394.
(5) L. 20, D. *De cont. empt.*
(6) V. aussi *supr.*, n° 66, note 1.
(7) Fenet, t. 14, p. 235 et 279. *Supr.*, n° 66, note 1. Locré, t. 7, p. 160, n° 4.
(8) Fenet, t. 14, p. 233. Locré, t. 7, p. 159, art. 110.
(9) Ibid., p. 289. Locré, t. 7, p. 189, n° 38.
(10) Ibid., p. 279. Locré, t. 7, p. 184, n° 4.
(11) Ibid., p. 340. Locré, t. 7, p. 206, n° 19.
(12) *Louage*, n° 250.
(13) T. 2, nos 334, 335.

idée radicalement fausse, qu'en rédigeant l'art. 1787 *on avait perdu de vue les principes posés dans l'art.* 1711 (1)!

Mais, disent ces auteurs : Voyez donc l'art. 1787! ne dit-il pas d'une manière générale qu'on peut convenir que l'ouvrier fournira la matière? Dès lors, n'est-ce pas déclarer qu'une telle convention n'est rien autre chose qu'un accident, une condition du contrat de louage?

Je réponds que l'art. 1787 dit bien que l'on peut convenir que l'ouvrier fournira la matière, mais il n'ajoute pas que c'est là un contrat de louage. Ce sont MM. Duranton et Duvergier qui tirent cette conclusion arbitraire. Et cependant l'art. 1711 aurait dû les avertir, à lui tout seul, qu'elle n'est pas exacte, ou du moins les tenir en garde contre des inductions dont la conséquence est de porter le trouble dans l'économie de la loi : une antinomie est une chose si grave qu'il faut la certitude logique pour la proclamer.

Or cette certitude existe-t-elle ici?

Non! évidemment non!

Je le répète, l'art. 1787 ne dit pas ce qu'on lui fait dire; il n'est pas coupable de l'addition qu'on lui impute; il n'aventure rien qui le mette en contradiction avec l'art. 1711. En reconnaissant que le contrat avec l'ouvrier peut porter que ce dernier fournira la matière, il ne qualifie pas cette convention.

Dès lors, la pensée la plus naturelle n'est-elle pas d'expliquer l'art. 1787 par l'art. 1711? Ne vaudrait-il pas mieux, dans le doute, concilier ces deux articles que les faire s'entre-choquer et se combattre?

Voilà ce que les règles ordinaires de l'interprétation auraient pu conseiller à MM. Duranton et Duvergier, en l'absence de tout document officiel sur le sens de l'art. 1787.

Mais quand les discussions du conseil d'État existent, quand on a sous les yeux les observations du tribunat et les discours de ses orateurs, l'intime confraternité des deux articles est encore bien plus éclatante; et c'est alors surtout qu'on aperçoit combien est hasardée la déduction que MM. Duranton et Duvergier ont arrachée à l'art. 1787.

Et en effet!

La proposition écrite dans cet article est si peu le principe logique de la conclusion que je combats, que dans la rédaction primitive elle était suivie d'une conclusion tout opposée; tandis que MM. Duranton et Duvergier concluent pour le louage, la fin de l'article primitif concluait pour la vente!

Cette fin a été retranchée, je l'avoue. Mais cette suppression affecte-t-elle l'article en lui-même? Non, sans doute, et cela par deux raisons également considérables : la première, que tous ceux qui ont mis la main à l'art. 1787 se sont accordés à ne voir dans les deux paragraphes élagués que des déclarations de pure doctrine qui ne modifiaient en rien la première partie de la disposition; la seconde, que les deux paragraphes éliminés sont virtuellement remplacés par l'article 1711, qui fait leur office et reflète la pensée des lois romaines.

Maintenant, cherchera-t-on à s'émouvoir pour l'honneur de la rubrique? Dira-t-on qu'il est fort singulier, et par cela même inadmissible, de voir le législateur traiter, dans le titre du louage, d'une convention qui n'est qu'une branche du contrat de vente?

Mais d'abord il serait bien plus étrange et bien plus inadmissible de mettre le législateur en contradiction avec lui-même. Lequel vaut le mieux en effet d'une simple défectuosité de classement, ou d'une antinomie?

Et puis, de quoi s'émerveille-t-on?

Est-ce que dans le projet primitif, où il était écrit en toutes lettres que la convention qui met la fourniture de la matière à la charge de l'ouvrier est une vente, on avait été arrêté par ce respect de la rubrique? Est-ce qu'on n'avait pas traité sous cette section : *des devis et marchés*, des effets de ce contrat de vente (2)? Et dès lors faut-il s'étonner de trouver dans la rédaction définitive ce léger écart que personne, ni dans le sein du conseil d'État, ni dans le sein du tribunat, n'a jamais songé à désapprouver?

967. L'opinion que je viens de défendre est celle de M. Delvincourt (3); et il faut le dire, depuis qu'on argumente sur cette question, M. Duranton est le premier, à ma connaissance, qui ait vu un louage pur et simple dans la convention dont il s'agit. On a pu y trouver un mélange de vente et de louage; c'est ce que voulait Cassius. Mais écarter tout à fait l'élément de vente pour réduire la convention à un simple louage, c'est une prétention inouïe jusqu'à ce jour.

968. M. Zachariæ l'a bien senti; aussi s'est-il borné à reproduire le sentiment de Cassius (4); il veut que la convention participe à la fois de la vente et du louage.

Il est certain, en effet, que l'élément du louage occupe en elle quelque place. On y trouve l'engagement de faire un travail.

Mais cet élément est tellement secondaire par rapport à l'obligation de livrer la matière et d'en rendre l'autre partie propriétaire, que j'aime mieux m'en tenir aux notions qui ont prévalu dans la jurisprudence romaine, et que les rédacteurs du Code civil ont eu sans cesse devant les yeux. Quand on trouve dans une convention deux éléments divers, dont l'un absorbe ou domine l'autre, il est de règle de donner à cette convention le caractère et le nom déterminés par l'élément prépondérant.

969. Passons maintenant aux articles suivants, dont l'objet est de régler certains effets des deux conventions envisagées par l'art. 1787.

Article 1788.

Si, dans le cas où l'ouvrier fournit la matière, la chose vient à périr, de quelque manière que ce soit, avant d'être livrée, la perte en est pour l'ouvrier, à moins que le maître ne fût en demeure de recevoir la chose.

(1) M. Duranton, *loc. cit.*
(2) V. aussi l'art. 111, qui correspond mot pour mot à l'article 1788.
(3) T. 3, p. 117; in-8°, t. 7, p. 272.
(4) T. 3, p. 45.

ARTICLE 1789.

Dans le cas où l'ouvrier fournit seulement son travail ou son industrie, si la chose vient à périr' l'ouvrier n'est tenu que de sa faute.

ARTICLE 1790.

Si, dans le cas de l'article précédent, la chose vient à périr, quoique sans aucune faute de la part de l'ouvrier, avant que l'ouvrage ait été reçu et sans que le maître fût en demeure de le vérifier, l'ouvrier n'a point de salaire à réclamer, à moins que la chose n'ait péri par le vice de la matière.

ARTICLE 1791.

S'il s'agit d'un ouvrage à plusieurs pièces ou à la mesure, la vérification peut s'en faire par parties; elle est censée faite pour toutes les parties payées, si le maître paye l'ouvrier en proportion de l'ouvrage fait.

SOMMAIRE.

970. Exposé de l'ancienne jurisprudence sur la responsabilité de l'ouvrage avant sa fin ou sa réception.
971. 1° Du cas où l'ouvrier travaille sur la chose du maître.
972. Suite.
973. Suite.
974. Suite. Tout le fondement du droit romain et de l'ancienne jurisprudence française sur cette matière se rattachait à la règle *res perit domino*.
975. 2° *Cas*. Ouvrier travaillant sur sa propre chose. C'est encore la règle *res perit domino* qui sert de boussole aux jurisconsultes romains.
976. Sur ces deux cas, qu'a fait le Code civil?
977. Suite. Dissentiment entre le Code civil et l'ancien droit. Conclusions différentes auxquelles les deux droits arrivent en partant du même point. Explication de cette divergence.
978. Elle n'a pas toujours été comprise. Supériorité du système adopté par le Code civil sur l'ancien.
979. Son application et ses conséquences.
Le risque est toujours du côté du maître quand il est en demeure de recevoir l'ouvrage.
980. Examen des causes qui, hors ce cas, peuvent amener des pertes.
981. De la perte de la chose *par la faute de l'ouvrier*. De quelle faute il est tenu.
982. De la perte de la chose *par force majeure*.
983. Suite.
984. Perte de la chose par *son vice intrinsèque*.
985. *Quid* s'il était apparent et que l'ouvrier eût dû l'apercevoir?
986. *Quid* si l'ouvrier avait promis d'en répondre?
987. Quand la cause de la perte est ignorée, on présume la faute, et c'est à l'ouvrier à prouver un événement qui l'exonère.
988. La réception de l'ouvrage décharge l'ouvrier. Quand elle peut avoir lieu dans les marchés *per aversionem*.
989. Et dans les marchés à la pièce ou à la mesure.
990. Quand elle est censée avoir eu lieu?
991. Confirmation de cette vérité, que la réception dégage l'ouvrier.
992. Exception pour le cas où il a garanti pendant un certain temps la bonté de l'ouvrage.

COMMENTAIRE.

970. Pour bien comprendre l'étendue et le sens des art. 1788, 1789, 1790, 1791, que nous englobons dans un même commentaire, il est indispensable de connaître les principes de l'ancienne jurisprudence sur la responsabilité de l'ouvrage avant qu'il ne soit reçu ou même parachevé.

971. Dans le système du droit romain admis par la jurisprudence française (1), on faisait une distinction entre le cas où l'ouvrier travaillait sur la chose d'autrui, et celui où il travaillait sur sa propre chose; distinction dont nous avons vu l'importance aux numéros 962 et suivants.

Dans le premier cas, la perte arrivée par force majeure, même avant la fin du travail, était toujours pour le compte du maître.

Voici sur quel ordre d'idées cette règle reposait :

Le contrat de louage d'ouvrage étant un contrat commutatif de la classe des contrats *do ut facias* (2), dans lequel l'ouvrier donne son travail pour un prix, la conséquence est que, quoiqu'il soit empêché par une force majeure de parachever son travail, il doit néanmoins recevoir une partie du prix proportionnée à la portion de travail qu'il a faite pour le compte du maître.

Une autre raison venait s'ajouter à ce point de vue. A mesure que l'ouvrier travaille sur la chose principale, son travail l'augmente et s'y incorpore par accession. Les matériaux eux mêmes qu'il fournit en deviennent un accessoire (3); donc, à quelque moment que la chose vienne à périr, elle périt avec cet accessoire, qui, par la puissance du droit d'incorporation, est devenu la propriété du maître. Donc, c'est sur le maître que la perte doit retomber de toute manière. Telle était la décision de la loi 59 D. *Loc. cond.*, empruntée aux écrits de Javolénus : « Marcius domum « faciendam à Flacco conduxerat; deindè, operis parte « effectâ, terræ motu concussum erat ædificium; Mas-

(1) Pothier, *Louage*, n° 433.
(2) L. 5, § 2, D. *De Præscript. verb.*

(3) Ulpien, l. 39, D. *De rei vindicat.*

« surius Sabinus, si vi naturali, veluti terræ motu, « hoc acciderit, Flacci esse periculum. »

972. Ceci recevait cependant une limitation pour les cas où l'ouvrage, quoiqu'ayant péri par force majeure, était défectueux et non-recevable; c'est ce qu'enseignait Javolénus, dans la loi 37 D. *Loc. cond.*

Qu'importe en effet que l'ouvrage ait péri par force majeure, puisque son état défectueux faisait une nécessité de le détruire pour le recommencer? Mais c'était au maître à prouver l'irrecevabilité de l'ouvrage, et à démontrer clairement l'existence de la faute qu'il imputait à l'ouvrier. Que s'il venait à prouver que l'ouvrage était vicieux en totalité, l'ouvrier perdait le prix total; s'il ne prouvait la défectuosité que sur une partie de l'ouvrage de nature à être séparée du tout, le maître devait payer le prix sous la déduction de ce qu'il en eût coûté pour réparer la partie vicieuse (1).

973. Maintenant se présentait une difficulté usuelle et digne de remarque.

L'ouvrage périt, soit avant sa fin, soit avant d'être reçu, sans qu'on puisse articuler un fait de force majeure comme cause de sa ruine. Devra-t-on présumer qu'il a péri par le défaut de l'ouvrage, et par conséquent par la faute de l'ouvrier?

Oui, répond Florentinus, dans la loi 36 D. *Loc. cond.* (2). Néanmoins, il faudra distinguer si le marché a été fait *aversione* (2), ou s'il a été conclu à tant la mesure, *in pedes, mensurâve* (3); s'il a été conclu *aversione* (4), comme c'est un ouvrage fini, consommé, que l'ouvrier a promis de livrer, il restera soumis au danger de la présomption de faute, jusqu'à l'entier achèvement du travail, époque à laquelle il est susceptible de réception. Mais si le travail se fait à tant le pied, l'ouvrier peut le faire recevoir au fur et à mesure qu'il avance; aussitôt qu'un pied est fini il peut le faire toiser et en faire délivrance, et s'exonérer par là, successivement et progressivement, d'une responsabilité inquiétante (5).

Bien entendu du reste, que si c'est la force majeure caractérisée qui ruine l'ouvrage, on appliquera les règles particulières à ce cas. Florentinus en fait l'observation expresse.

974. Telle était la jurisprudence romaine lorsque le travail ou les matériaux de l'ouvrier s'appliquaient à la chose du maître.

Pothier avait proposé les mêmes solutions dans notre droit français (6). Toutes se rattachaient à un principe dominant, facile à apercevoir : c'est la règle *Res perit domino*. Je m'étonne que M. Duvergier n'ait vu là dedans qu'un dédale de cas particuliers dénué de tout système, de toute idée générale (7); je crois au contraire que rien n'est plus logique et plus rationnellement déduit.

975. Et lorsqu'on arrivait au cas tout différent où l'ouvrier travaillait sur sa propre chose, pour la commande d'autrui, c'était encore le même principe *Res perit domino*, qui, servant de fil conducteur, amenait à d'autres résultats.

Supposez qu'un architecte eût été chargé de me construire sur son propre terrain une maison. On sait que c'était là, non un louage, mais une vente. Dès lors, la perte arrivée par quelque cause que ce fût, avant la fin et la livraison de l'édifice, retombait nécessairement sur l'architecte. Pourquoi cette différence entre ce cas et celui du numéro 971? C'est qu'ici la vente a pour objet une chose future; c'est qu'avant l'*opus consummatum et perfectum*, il n'y a rien encore qui soit passé dans le domaine de l'acheteur et qui puisse être à ses risques; c'est qu'à mesure que le travail progresse, il s'ajoute à la chose de l'architecte et partage son sort (8).

976. Sur ces différents points, qu'a fait le Code civil?

D'abord, l'art. 1788 est en parfaite harmonie avec la doctrine que je viens de rappeler au n° 975. L'ouvrier est-il chargé de fournir avec son industrie la matière et la chose? Si, avant d'être livré, le travail vient à périr de quelque manière que ce soit, même par force majeure, la perte retombe sur l'ouvrier; car la convention est une vente (9) conditionnelle, comme sont toutes les ventes de choses futures. Elle ne se réalise que par la perfection de l'objet à créer (10); et en attendant la perte est pour le propriétaire (11), c'est-à-dire pour l'ouvrier qui jusqu'à la confection de l'ouvrage, jusqu'à son offre d'en faire livraison, en demeure propriétaire (12). Il n'en serait autrement qu'autant que le maître serait en demeure de recevoir la chose; car la demeure ferait passer le péril de son côté.

On voit, au reste, par cette conformité du droit romain et de l'art. 1788, combien nous avons eu raison d'insister plus haut (13) sur la nature de la convention examinée en elle-même, sur le caractère de vente qui la distingue.

977. Venons au cas où l'ouvrier travaille sur la chose du maître.

Ici se manifeste un grave dissentiment.

Les rédacteurs du Code civil ont considéré qu'il y a dans le louage d'ouvrage deux éléments distincts : l'industrie de l'ouvrier et la chose à laquelle elle s'applique. Sans doute il y a un moment où ces deux éléments forment un tout homogène et parfait; c'est lorsque le travail s'est rendu complètement maître de la matière et a pleinement terminé son œuvre. Mais tant que l'œuvre est encore incomplète, tant que l'ouvrage n'est pas consommé, il a semblé aux rédacteurs du Code civil que chacun restait propriétaire à part, l'un de son travail, l'autre de sa chose, et qu'ainsi la perte devait se partager. C'est pourquoi ils ont voulu que l'ouvrier en fût pour son industrie et le maître pour sa chose.

Ce système résulte de la combinaison des articles 1789 et 1790. Il a été parfaitement exposé par M. Mouricault, organe du tribunat (14); ce qu'il y a de remarquable, c'est qu'en partant du même point que le droit romain, il arrive à des résultats diamétralement opposés. Voici pourquoi :

Le droit romain, en rattachant toutes ses déductions au principe *Res perit domino*, s'était posé cette question : Quel est, du maître ou de l'ouvrier, celui qui est propriétaire du travail commencé, quoique non encore terminé? ne sera-ce pas l'ouvrier? Car n'ayant pas fini sa tâche, il n'a pas encore rempli la condition

---

(1) Pothier, n° 434.
(2) *Infr.*, n° 987. Je reviens sur ce point en indiquant le motif de la décision de Florentinus.
(3) *Supr.*, n° 960.
(4) Ibid.
(5) Même loi 36. *Junge* Pothier, nos 435, 436. *Infr.*, nos 88, 989.
(6) N° 433.
(7) T. 2, n° 355.
(8) Pothier, n° 433.
(9) *Supr.*, nos 962 et suiv.
(10) Mon Comm. de la *Vente*, n° 204.
(11) Id., n° 406. *Junge* art. 1182 C. C.
(12) Mouricault (Fenet, t. 14, p. 340). Locré, t. 7, p. 202, n° 19.
(13) Nos 962 et suiv.
(14) Fenet, t. 14, p. 341. Locré *ut suprà*.

inhérente au contrat, qui est de livrer un travail consommé, et l'on ne peut pas dire que le maître ait contracté pour devenir propriétaire d'un quart, d'un tiers, d'une moitié d'ouvrage! Ou bien ne faut-il pas dire plutôt que c'est au maître qu'appartiennent les parties du travail à mesure qu'elles se font, parce qu'elles s'incorporent à sa chose, et qu'elles deviennent siennes par la prépondérance du droit d'accession?

Les jurisconsultes romains avaient pensé que la balance devait pencher du côté du droit d'accession. Ils avaient donné à l'accession la préférence sur la volonté présumée des parties.

Le Code civil a fait tout le contraire : il veut que la convention l'emporte sur l'accession. Il décide que l'incorporation est une circonstance indifférente pour faire fléchir la puissance qui s'attache à l'intention des parties ; intention d'après laquelle le maître n'a entendu se procurer qu'un travail parachevé : *Opus consummatum et perfectum*.

978. Voilà où gît la différence entre les deux systèmes. Tous deux sont parfaitement logiques et très-rationnellement déduits, et je n'aime pas qu'on calomnie l'un aux dépens de l'autre, faute de l'avoir bien compris. Toutefois, je donne la préférence au système du Code civil, parce qu'il me paraît plus équitable et plus conforme à la volonté des contractants et au but qu'ils se sont proposé.

979. Maintenant qu'il est bien connu dans son idée mère, suivons-le dans ses détails.

Et, avant tout, déblayons le terrain du cas où le maître était en demeure de recevoir l'ouvrage terminé ; il est bien entendu que, dans le droit français tout aussi bien que dans le droit romain, cette circonstance met le risque du côté du maître (1).

980. Ceci admis, passons en revue les différentes causes qui peuvent influer sur la perte de la chose avant sa livraison.

Ou elle a péri par la faute de l'ouvrier ;

Ou elle a péri par force majeure ;

Ou elle a péri par un vice intrinsèque de la matière fournie à l'ouvrier.

981. Si l'ouvrier a détruit la matière par sa faute, il est responsable. L'art. 1789 le dit; d'ailleurs cette vérité est trop palpable pour avoir besoin de s'appuyer sur un texte.

Ainsi, si je donne à un ouvrier une pierre précieuse pour la travailler, s'il la casse par impéritie (2), ou s'il la perd par défaut de soin, non-seulement il n'aura rien à réclamer pour son travail, mais il devra m'indemniser de la valeur de la matière dont il m'a privé par son fait.

La faute dont l'ouvrier est tenu est la faute légère. Il ne lui suffirait pas de mettre dans son travail le soin qu'il met à ses propres affaires ; il doit y apporter le zèle, l'attention, la vigilance de l'ouvrier diligent. L'état qu'il exerce promet au public une habileté spéciale sur laquelle on a dû compter en traitant avec lui : *Spondet peritiam artis* (3).

Mais l'ouvrier n'est pas tenu de la faute très-légère, c'est-à-dire de ces soins, de cette habileté qui excèdent les bornes ordinaires de l'aptitude humaine. Le Code civil a repoussé les exigences trop sévères de l'ancienne jurisprudence sur ce point (4) ; c'est ce que je crois avoir démontré dans mon Commentaire de la *Vente* d'une manière évidente (5).

982. Si la chose périt par force majeure, nous l'avons déjà dit au n° 977, l'ouvrier perdra son industrie et le salaire qu'il en attendait ; de son côté, le maître perdra la matière.

Par exemple : j'ai donné de riches diamants à monter à un lapidaire, et il avait exigé de moi une somme considérable pour ce travail qui demandait tout son art. Mais au moment de le terminer, des voleurs se sont introduits chez lui avec escalade et effraction, et ils ont enlevé mes diamants. Cet événement aura le double résultat que voici. Le lapidaire ne pourra rien réclamer de moi pour sa façon, et je ne pourrai rien exiger de lui pour mes pierres précieuses.

983. Observez, en outre, que si l'ouvrier avait terminé son travail, mais qu'il fût en demeure de me le livrer au moment où le vol a été commis, ce retard le constituerait en faute, et attirerait sur lui les conséquences déduites au n° 981. En un mot, la force majeure serait en totalité pour son compte (6) (article 1138 C.C.).

984. Enfin, la chose peut périr avant sa livraison ou pendant le travail de l'ouvrier, par le vice intrinsèque de la chose. Par exemple : j'ai chargé mon joaillier de travailler et ciseler une pièce de corail. Après qu'il s'est occupé pendant plusieurs jours de cet ouvrage, il se rencontre dans le corail une veine qui le fait éclater en morceaux. Ce vice de la matière provient de mon fait ; il n'est pas juste que le joaillier perde le fruit de son travail parce que je lui ai confié une matière vicieuse. Je lui devrai donc son salaire; de plus, la perte de la chose sera à mon compte (article 1790) (7).

985. Si cependant le défaut était assez manifeste pour que l'ouvrier ait pu l'apercevoir, et que néanmoins il n'eût pas prévenu le maître qu'il était impossible de travailler la matière sans accidents, il y aurait de sa part une impéritie ou une faute qui le rendrait responsable de l'accident envers moi : *Spopondit peritiam artis*. Nous verrons un remarquable exemple de ce cas de responsabilité dans le fait de l'architecte, que l'art. 1792 rend responsable des vices du sol que le propriétaire lui livre pour élever un édifice. Car c'est à lui à savoir si le sol qu'on lui a donné était propre à recevoir le bâtiment.

986. L'ouvrier sera également tenu, s'il a pris, sur lui le risque de l'événement. *Nisi periculum in se receperit*, dit Ulpien ; *tunc enim, etsi vitio materiæ id evenit, tenebitur* (8).

987. Mais de ces trois causes de perte que nous venons de parcourir, quelle est celle qui, dans le doute, doit être présumée? Sera-ce la faute, ou bien la force majeure, ou bien enfin le vice de la matière?

Nous avons vu ci-dessus la réponse du jurisconsulte Florentinus à cette question (9). Quand la cause de la perte est ignorée, on présume la faute de l'ouvrier, et c'est à lui à prouver, *perspicuis indiciis*, que la perte provient de la force majeure ou du vice de la matière.

Quel est le motif de cette décision?

On le trouve dans cette règle si souvent énoncée par nous, et si usuelle dans le louage, savoir : que

(1) Art. 1788, 1790.
(2) Ulpien, l. 13, § 5, D. *Loc. cond.*
(3) Pothier, n° 425.
(4) V. *supr.*, n° 918.
(5) N° 361.
(6) MM. Regnaud de Saint-Jean d'Angely, Tronchet, Berlier, Treilhard, Bigot, Boulay (Fenet, t. 14, p. 261). Locré, t. 7, p. 261, n° 13.
(7) Ulpien, l. 13, § 5, D. *Loc. cond.*
(8) L. 13, § 5, D. *Loc. cond.*
(9) N° 772.

c'est au débiteur de la chose, à celui qui est précisément tenu de la restituer, à s'exonérer de cette obligation par la preuve de l'excuse valable qui lui sert d'exception (1).

Et n'oublions pas que lorsque l'ouvrier aura articulé un de ces faits de force majeure, qui par eux-mêmes n'excluent pas la faute, il ne lui suffira pas de prouver l'existence du fait en lui-même; il resterait au-dessous de son entreprise s'il ne prouvait pas encore que sa faute est restée étrangère à l'événement; c'est là un point de droit sur lequel il est inutile de m'étendre plus longtemps après les développements que je lui ai donnés ailleurs (2).

988. Cette responsabilité de l'ouvrier, telle que nous venons de la définir aux nos 981, 982, 985, 986. 987, est gênante. Non-seulement il est tenu de sa faute jusqu'au bout; mais la force majeure et les faits les plus indépendants de sa volonté peuvent encore lui enlever le prix de son travail. Il a donc intérêt à s'en décharger en livrant ou en faisant agréer le plus tôt possible le produit de son art. Car c'est par la livraison et la réception qu'il se délivre de la responsabilité (3), ou tout au moins par l'agrément, le consentement du maître (4).

Or, la vérification ne peut pas toujours se faire aussitôt qu'il le voudrait. Lorsque, par exemple, le marché a été fait *per aversionem*, il faut que l'ouvrage soit entièrement fini pour être vérifié et reçu (5). C'est une condition indispensable et dont la nature des choses indique suffisamment la nécessité. Florentinus l'avait signalée. Elle conserve tout son empire sous le Code civil. La responsabilité pèsera donc sur l'ouvrier jusqu'à l'entier achèvement; auparavant, il serait absurde de proposer au maître de recevoir un travail imparfait.

989. Mais s'il s'agit d'un ouvrage à plusieurs pièces ou à la mesure, il n'en sera pas de même; la vérification peut s'en faire partiellement; car il est censé y avoir autant de contrats de louage qu'il y a de pièces ou de mesures (6); à mesure qu'une pièce se fait, l'ouvrier est maître de la faire recevoir; il est aussitôt déchargé de la responsabilité; à peine a-t-il atteint une des mesures convenues, il peut la faire vérifier et s'exempter par là des dispositions rigoureuses des articles 1789 et 1790; tel est le vœu de l'article 1791; il reproduit la distinction du jurisconsulte Florentinus (7). Ainsi, l'on voit que tout en modifiant le droit romain, le Code civil lui a fait de notables et heureux emprunts.

990. L'article 1791 veut même que si le maître paye l'ouvrier en proportion de l'ouvrage fait, la vérification soit censée faite pour toutes les parties payées.

Cette partie de l'article 1791, mal comprise par la cour d'appel de Toulouse, avait provoqué ses réclamations.

« Cette disposition, disait-elle, sera injuste à l'égard du maître et nuisible à l'ouvrier; car il arrive souvent que le premier est obligé de faire des avances à l'ouvrier *sans que l'ouvrage soit reçu ni même commencé*. D'ailleurs la réception est un fait dont la preuve est admissible et facile (8). »

La cour de Toulouse ne faisait pas attention à un point important dans l'article 1791. C'est qu'il n'est pas du tout dans sa pensée de considérer comme une présomption de vérification des à-compte donnés avant le commencement des travaux, ou même des à-compte payés dans le courant du travail, mais sans imputation sur telle ou telle partie; l'article 1791 a pris soin d'expliquer sa portée par ces mots très-significatifs : *Si le maître paye l'ouvrier en proportion de l'ouvrage fait*. Ce qui veut dire que le payement n'élève une fin de non-recevoir contre les plaintes du maître qu'autant que l'à-compte a été donné avec la volonté de l'affecter à telle ou telle portion de l'ouvrage déjà terminé. Autant il est raisonnable, entendu en ce sens, autant il serait absurde si on lui donnait la signification que la cour de Toulouse apercevait en lui (9).

991. J'ai dit au no 988 que la réception du travail dégage l'ouvrier de la responsabilité. Je précise ici davantage mon idée, en disant qu'elle le décharge non-seulement de la force majeure, mais encore du recours pour malfaçon (10). Ce point fut ainsi entendu au conseil d'État, ainsi que nous l'attestent les paroles de M. Bérenger (11), que nous aurons occasion de rappeler plus bas (12). L'art. 1792, dont je m'occuperai dans un instant (13), n'a été introduit que par exception, et pour les gros ouvrages de construction; en faisant durer la responsabilité pendant dix ans à l'égard des constructeurs ou directeurs de ces travaux (14), il indique nécessairement que, pour tous autres ouvrages, l'artisan est de plein droit déchargé par la réception; sans quoi ce dernier, faute d'une prescription spéciale, serait soumis à un recours pendant trente ans, ce qui serait absurde.

Il est vrai que, dans l'ancienne jurisprudence, les ouvriers qui avaient fait de menus ouvrages ou réparations étaient attaquables d'abord pendant trois ans, et dans le dernier état, pendant un an (15). Mais le Code civil a aboli ce point de droit; son silence sur cette prescription particulière est une preuve certaine qu'il ne l'a pas approuvée; et comme il est impossible d'admettre que, plus sévère à l'égard de ces petits ouvrages qu'à l'égard des gros travaux de construction, il a laissé peser sur les auteurs des premiers une prescription de trente ans, tandis que les autres sont affranchis par une prescription décennale, la conclusion nécessaire, évidente, est que la réception seule fait virtuellement cesser la responsabilité (16).

992. Il en serait autrement toutefois si l'ouvrier avait garanti pendant un certain temps la bonté ou la solidité de l'ouvrage.

Je crois aussi que l'ouvrier à qui un ouvrage a été demandé, et qui l'exécute sur et avec sa propre chose, est soumis à toutes les obligations du vendeur. Si, par exemple, j'ai commandé 600 barriques à mon tonnelier pour les vendanges prochaines, et qu'il fournisse

(1) *Supr.*, nos 221, 222, 223, et surtout 342, 366, 936.
(2) *Supr.*, nos 342, 365, 366, 937 (art. 1953, 1954). V. un cas particulier, nos 824 et 825, applicable à l'espèce.
(3) Art. 1788.
(4) Art. 1606 C. C., Tradition par consentement.
(5) *Supr.*, no 973.
(6) L. 29, D. *De verb. oblig.*
(7) *Supr.*, no 973.
(8) Fenet, t. 5, p. 622.
(9) M. Duranton, *Louage*, no 254. M. Duvergier, t. 2, no 345.
(10) Mon Comm. de la *Prescription*, no 941.
(11) Fenet, t. 14, p. 162. Locré, t. 7, p. 173, no 17.
(12) No 998.
(13) *Infr.*, nos 993 et 998.
(14) *Junge* art. 2270.
(15) Mon Comm. de la *Prescription*, no 941, et Ferrières, sur Paris, art. 113, no 23.
(16) M. Duvergier, t. 2, no 347. Il avoue cependant avoir hésité. La question ne m'a jamais semblé douteuse.

le bois et les cercles, il ne sera pas quitte envers moi par la livraison ; il restera garant des défauts cachés de la chose ; de telle sorte que si ses barriques sont futées, c'est-à-dire si elles donnent au vin un mauvais goût par la qualité vicieuse du bois (1), j'aurai contre lui une action en garantie (2) qui devra être intentée, à défaut d'usages locaux, dans un bref délai (3).

Article 1792.

Si l'édifice construit à prix fait périt en tout ou en partie par le vice de la construction, même par le vice du sol, les architectes et entrepreneurs en sont responsables pendant dix ans.

SOMMAIRE.

COMMENTAIRE.

993. L'art. 1792 s'occupe de la responsabilité spéciale qui pèse sur les constructeurs d'édifices. Nous avons dit au n° 991 que le Code les a placés dans une position à part, et qu'ils sont traités plus rigoureusement que les autres ouvriers. Exposons cette partie importante de notre section.

La responsabilité de l'architecte et de l'entrepreneur roule sur trois causes principales :

1° Vices du sol ;

2° Vices de la construction ;

3° Inobservation des règlements.

994. Et d'abord le vice du sol qui vient à entraîner la ruine de l'édifice doit évidemment être imputé à l'entrepreneur. Il est vrai que le sol est fourni à ce dernier par le propriétaire, et que l'article 1790 décharge l'ouvrier quand la perte a été occasionnée par le vice de la matière qu'on lui a donnée pour la travailler (4). Mais il faut remarquer que l'architecte doit connaître son art ; c'est à lui à étudier le terrain et à savoir s'il présente une assiette assez solide pour recevoir une construction. Le propriétaire ignore les règles de la bâtisse ; il a besoin d'être éclairé par l'architecte, et celui-ci ne peut dès lors trouver que dans sa propre imprudence la cause de la ruine (5). On ne peut dès lors assez s'étonner de voir un conseiller d'État, M. de Ségur, demander pourquoi l'art. 1792 rendait l'architecte et l'entrepreneur responsables du vice du sol (6).

995. Il y a plus. La loi est tellement rigoureuse qu'elle n'excuse pas l'architecte ou l'entrepreneur, alors même qu'ils ont fait leurs observations au propriétaire et que celui-ci a exigé la continuation des travaux. La complaisance du constructeur à lui obéir est un fait coupable aux yeux de la loi ; des raisons supérieures d'ordre public font annuler tout consentement que le propriétaire aurait donné à un travail dangereux, et l'entreprise téméraire de l'architecte reste sans excuse admissible (7).

Cette vérité n'a pas été aperçue par M. Duranton (8), qui croit que le constructeur peut s'affranchir par une clause expresse de la responsabilité du vice du sol.

Mais un coup d'œil jeté sur les travaux préparatoires du Code civil vont prouver d'une manière éclatante l'erreur de cet auteur.

996. L'art. 127 du projet de Code soumis aux cours d'appel portait :

Si l'édifice donné à prix fait périt par le vice du sol,

(1) Mon Comm. de la *Vente*, n° 557.

(2) Id., nos 549, 557, etc.

(3) Nos 586 et suiv.

(4) *Supr.*, n° 985.

(5) *Supr.*, n° 985.

(6) Fenet, t. 14, p. 261. Locré, t. 7, p. 173, n° 15.

(7) *Supr.*, n° 818.

(8) *Louage*, n° 255.

l'architecte en est responsable, *à moins qu'il ne prouve avoir fait au maître les représentations convenables pour le dissuader d'y bâtir* (1).

La cour de Nancy fit les observations suivantes : « On ne doit pas exposer le propriétaire au danger « de la preuve testimoniale ; l'architecte doit prouver « par écrit qu'il a fait ses observations et qu'on n'a « pas voulu s'y arrêter. *Il serait encore peut-être « mieux qu'il ne pût sous aucun prétexte violer les « règles de son art, quand il s'agit de la solidité d'un « édifice ; l'intérêt public l'exige* (2).

La cour de Lyon ajoutait : « Cet article *doit être « absolu et sans restriction*. La probité de l'archi- « tecte ne peut pas lui permettre d'élever sur un sol « où le bâtiment doit crouler ; et sans parler de la « perte qu'il cause au propriétaire, *on a vu tant « d'exemples d'ouvriers et de passants écrasés sous « des ruines, que l'humanité et l'utilité publique or- « donnent de le leur prohiber*. On demande la radia- « tion de la fin de l'article, depuis ces mots : *à moins « qu'il ne prouve* (3), etc., etc. »

Ces observations fort sages furent entendues par la section de législation ; l'article fut modifié suivant le vœu des cours de Nancy et de Lyon ; il fut présenté à la discussion du conseil d'État dans les termes suivants :

« Art. 115. Si l'édifice donné à prix fait périt en « tout ou en partie par le vice du sol, l'architecte en « est responsable pendant le temps réglé au titre *des « Prescriptions* (4). »

Mais des réclamations s'élevèrent pour défendre la rédaction primitive. M. Cambacérès demanda que la disposition retranchée fût rétablie avec une légère modification (5).

« Elle sera utile, surtout pour le cas, rare à la vé- « rité, mais qui cependant peut se présenter, où le « propriétaire étant décédé avant la chute du bâti- « ment, ses héritiers poursuivraient l'architecte. Il « est juste que s'il parvient à prouver qu'il a fait des « représentations, et que le propriétaire n'a pas « voulu s'y rendre, il soit dégagé envers eux de tous « dommages et intérêts.

« Cependant cette preuve ne doit pas l'exempter de « la peine que mérite la contravention aux règlements « de police ; mais comme la faute est commune, il « faut que la punition le soit aussi et qu'elle porte « également et sur l'architecte et sur le propriétaire. » Cette proposition ne fut pas goûtée.

M. Tronchet soutint « que la section avait eu rai- « son d'écarter l'addition faite par le projet. L'archi- « tecte en effet ne doit pas suivre les caprices d'un pro- « priétaire assez insensé pour compromettre sa sûreté « personnelle en même temps que la sûreté pu- « blique. »

M. Treilhard appuya cet avis et démontra « qu'il « n'y avait aucun inconvénient à être sévère à l'égard « de l'architecte ; car le propriétaire ne connaît pas « les règles de la construction, c'est à l'architecte à « l'en instruire, et à ne pas s'en écarter par une com- « plaisance condamnable. »

Enfin, M. Réal ajouta une observation dont la portée est digne d'attention. « Les architectes, pour dé- « terminer les propriétaires à construire, cherchent « ordinairement à leur persuader que la dépense sera « modique ; peut-être y a-t-il lieu de craindre, si on « leur fournit un moyen de ne pas répondre des mau- « vaises constructions, qu'ils ne prennent plus aucun « soin de rendre les édifices solides (6). »

Ces raisons triomphèrent ; le conseil rejeta la proposition de rétablir la rédaction de la commission (7).

Il est donc manifeste que l'art. 1792 a été conçu dans une pensée prohibitive de la clause que M. Duranton considère comme efficace ; il faut la regarder comme contraire aux bonnes mœurs et prohibée *par l'humanité et l'intérêt public* (8). La jurisprudence et la doctrine inclinent du reste vers cette opinion salutaire (9).

997. La seconde cause de responsabilité provient du défaut de construction. La rédaction primitive de l'art. 1792 avait négligé de s'en expliquer. Mais M. Bérenger en ayant fait l'observation, M. Treilhard répondit que cette disposition était nécessaire et que ce n'était que par omission qu'elle n'avait pas été exprimée (10). En effet, la responsabilité pour malfaçon est de droit dans tous les travaux par entreprise.

998. Mais pendant combien de temps durera la responsabilité du constructeur, soit pour vice du sol, soit pour vice de construction ? Sera-t-elle purgée par la réception des travaux, comme dans le cas exposé au n° 991, ou bien survivra-t-elle à la vérification ?

M. Regnaud de Saint-Jean d'Angely fit au conseil d'État de vains efforts pour obtenir que l'architecte fût exonéré aussitôt après la réception de l'ouvrage. Il chercha à mettre l'art. 1792 en opposition avec l'art. 1790 (11) ; il cita Pothier. Mais son insistance resta sans effet.

Et d'abord, en ce qui touche le prétendu conflit de l'art. 1790 et de l'art. 1792, M. Bérenger fit les observations suivantes, qu'il est utile de recueillir.

« L'art. 1790 se rapporte à tout ouvrage quelcon- « que, au lieu que l'art. 1792 *établit une règle parti- « culière pour les ouvrages dirigés par un architecte*. « *Cette distinction est nécessaire. On peut facilement « vérifier si un meuble est conditionné* comme il doit « l'être ; ainsi *dès qu'il est reçu, il est juste que l'ou- « vrier soit déchargé de toute responsabilité* ; MAIS IL « N'EN EST PAS DE MÊME D'UN ÉDIFICE ; il peut avoir tou- « tes les apparences de la solidité, et cependant être « affecté de vices cachés qui le fassent tomber après « un laps de temps. L'architecte doit donc en répon- « dre pendant un délai suffisant pour qu'il devienne « certain que la construction a été solide (12). »

Quant à l'autorité de Pothier, M. Réal fit observer que la vérification dont parle Pothier a seulement pour objet d'autoriser l'architecte à demander son payement, lorsque l'ouvrage est fait suivant les règles de l'art ; mais qu'elle ne l'affranchit pas de la responsabilité à laquelle il est soumis pour les vices cachés, et que le temps seul peut découvrir (13).

Et en effet, il est des vices que la vérification ne peut faire connaître ; on a vu, par exemple, des édifices qui paraissaient construits en pierre de taille,

(1) Fenet, t. 2, p. 368.
(2) Id., t. 4, p. 616.
(3) Id., t. 4, p. 211.
(4) Id., t. 14, p. 233.
(5) Id., p. 264. Locré, t. 7, p. 174, n° 18.
(6) Id., ibid. Locré, *ut suprà*.
(7) Id., p. 265. Locré, *ut suprà*.
(8) Expressions de la cour de Lyon.

(9) M. Zachariæ, t. 3, p. 48. Cassat., requêt., rejet, 10 fév. 1835 (D., 35, 1, 130. S., 35, 1, 174). M. Duvergier adopte aussi ce sentiment, mais avec des expressions qui dénotent de sa part quelque surprise du vœu du législateur ! (T. 2, n° 351.)
(10) Fenet, t. 14, p. 261. Locré, t. 7, p. 173, n° 16.
(11) *Supr.*, n° 991.
(12) Fenet, t. 14, p. 262. Locré, *ut suprà*.
(13) Id., p. 263. Locré, id.

tandis que des dehors trompeurs ne servaient qu'à cacher des matériaux beaucoup moins solides (1).

D'ailleurs, la vérification ne porte en général que sur les proportions et sur le plan; quand ils ont été suivis, le propriétaire est obligé de payer. Mais il ne doit pas perdre le droit de se pourvoir contre l'architecte pour les vices cachés de construction (2).

999. Ceci posé, et le principe de la garantie étant admis, il restait à en fixer la durée. Elle a été portée à dix ans par notre art. 1792, auquel vient s'ajouter l'art. 2270. J'ai fait connaître dans mon Commentaire de la *Prescription* la corrélation de cette prescription décennale avec les lois romaines et avec notre ancien droit français (3).

Les 10 ans courent à compter du jour de la réception des travaux (4) ou du jour où le maître a été mis en demeure de les recevoir (5). Tant que l'entrepreneur n'a pas requis le maître de prendre livraison, on ne suppose pas qu'il ait fini l'ouvrage. C'est pourquoi M. Mouricault disait : « Cette responsabilité de « l'entrepreneur ne dure que 10 ans *après le travail* « *fait, vérifié et payé* (6). »

1000. Je répète, du reste, que l'art. 1792 ne doit pas être isolé de l'art. 2270. Ce dernier, en effet, amplifie sous trois rapports la portée du premier.

D'abord ce n'est pas seulement pour le cas de la construction d'un édifice neuf que la garantie se prolonge à 10 ans; l'art. 2270, ajoutant un degré de plus à l'expression *édifice* dont se sert l'art. 1792, veut que la responsabilité subsiste également pendant cette durée pour tous *gros ouvrages* quelconques de construction et de reconstruction; ce qui embrasse non seulement la bâtisse d'une maison, d'un édifice complet, mais encore la simple édification de murs ou de parties d'édifice; la construction d'un puits (7), celle d'un canal, etc., etc.

1001. De plus, l'art. 2270 veut que l'entrepreneur soit responsable de tous les gros ouvrages qu'il a faits ou dirigés : d'où il suit qu'il importe peu que le prix ait été fixé à forfait, comme semble l'exiger l'art. 1732, ou qu'il soit réglé par l'étendue et la nature des constructions (8). Il suffit que l'entrepreneur soit l'auteur ou le directeur des travaux, pour qu'il ne puisse décliner la responsabilité.

1002. Et quand nous disons que l'entrepreneur est responsable des travaux, alors même qu'il n'a fait que les diriger sans y mettre la main, nous entendons qu'on doit considérer comme directeur des travaux l'architecte qui en a fourni le plan, quand même il n'aurait pas présidé à leur exécution, si d'ailleurs il est prouvé que son plan a été suivi, et que c'est par les indications vicieuses qu'il renfermait, que la perte est arrivée (9).

1003. Enfin, le troisième côté par lequel l'article 2270 a ajouté à l'art. 1792 est celui-ci :

L'art. 1792 envisage le cas de perte totale ou partielle de la chose; et, à s'en tenir à sa disposition, la garantie n'aurait lieu que pour ces deux hypothèses. Mais l'art. 2270 est plus général; il embrasse tous les cas graves de malfaçon, tous ceux qui, sans nuire précisément à la solidité de l'édifice, constituent un vice caché de nature à empêcher qu'il n'y ait bonne construction (10). Ainsi, si les pierres que l'entrepreneur a employées à l'édification de ma maison sont salpêtrées et qu'elles donnent aux murs une humidité malsaine, ce sera une cause de garantie dans le sens large de l'art. 2270.

Observez cependant que si le vice était apparent, la réception élèverait une fin de non-recevoir contre la malfaçon (11).

1004. Au surplus, il n'y a pas de différence entre l'art. 2270 et l'art. 1792, quant à la nature des ouvrages qui donnent lieu à la garantie décennale. Les deux articles s'accordent dans cette pensée qu'il faut que ce soit ou la construction d'un édifice neuf, ou tout au moins la construction de gros ouvrages. Quant aux moindres travaux, on a vu au no 998, combiné avec le no 991, que la réception purge la responsabilité et que ce point de droit a dirigé tout aussi bien l'art. 1792 que l'art. 2270.

1005. Mais pour que le constructeur ou le directeur des travaux soit effectivement responsable, il faut avant tout qu'il soit prouvé que la perte totale ou partielle a eu lieu par vice du sol ou par défaut de construction. C'est au propriétaire demandeur en indemnité qu'il appartient de faire cette preuve. On ne saurait appliquer ici la théorie que nous avons exposée au no 987, sur la faute présumée de l'ouvrier, car les positions ne se ressemblent pas. Dans le cas que nous examinions au no 987, l'ouvrier n'avait pas livré la chose; il en était encore débiteur, c'était par conséquent à lui qu'il incombait de faire la preuve de l'exception de force majeure, par laquelle il prétendait se libérer de son obligation. Ici, au contraire, l'entrepreneur des travaux a livré la chose; il n'en est plus débiteur; il est libéré, à moins qu'on ne lui prouve qu'il y a vice du sol ou défaut de construction (12).

1006. Nous avons dit au no 992 que l'entrepreneur est garant pendant dix ans des vices du sol et des défauts de construction. Il faut revenir un instant sur cette idée pour en développer les conséquences.

La première et la plus évidente de toutes, c'est que si les dix ans s'écoulent sans que les vices dont nous parlons viennent à se révéler, l'architecte est à l'abri de toute recherche. Les détériorations qui surviennent après les dix ans sont censées provenir de l'effet du temps, des ravages de la vétusté, et non pas de la faute de l'architecte. En un mot, quand ce temps d'épreuve de dix ans a passé sur le travail de l'entrepreneur, il y a une présomption *juris et de jure* qu'il a été bien fait.

1007. Mais si, avant l'expiration des dix années, l'édifice s'ébranle ou manifeste de graves défauts, quel sera le temps pendant lequel le propriétaire pourra se plaindre? Sera-ce pendant trente ans? sera-ce seulement pendant dix années?

La première opinion, professée par la majorité des auteurs (13), repose sur ce raisonnement : Si l'édifice

(1) Tronchet (Fenet, t. 14, p. 262). Locré, t. 7, p. 173, no 16.
(2) Treilhard, *loc. cit.*
(3) No 939.
(4) La loi romaine disait : *Ab opere perfecto. Infr.*, no 1001. Mais on ne suppose pas que l'ouvrage soit fini si l'entrepreneur ne l'a pas fait recevoir.
(5) M. Zachariæ, t. 3, p. 47. M. Duranton. *Louage*, no 255.
(6) Fenet, t. 14, p. 341. Locré, t. 7, p. 206, no 19.
(7) Paris, 2 juillet, 1818 (S., 28, 2, 316).
(8) M. Duvergier, t. 2, no 353.
(9) Req., rejet, 30 novembre 1817 (S., 19, 1, 202. Palais, t. 44, p. 216).
(10) Cassat., 3 décembre 1834 (S., 35, 1, 215. D., 35, 1, 164). *Infr.*, no 1013.
(11) Lyon, 18 juin 1835 (D., 36, 2, 125).
(12) *Junge* M. Duvergier. *Contrà*, M. de Villeneuve (S., 35, 1, 174).
(13) Lepage, 2e partie, ch. 1, §§ 5 et 6. M. Duranton, *Louage*, no 255.

périclite dans les dix ans par vice du sol ou par vice de construction, l'action en garantie s'ouvre. Or, sa durée n'étant définie par aucune disposition particulière, il faut nécessairement qu'elle soit de trente ans d'après la règle générale de l'article 2262. Et quel sera le point de départ de ces trente années? Ce sera le jour de la ruine ou de la détérioration, car avant cet événement l'action n'étant pas ouverte, elle ne pouvait pas courir (art. 2257).

La seconde opinion, soutenue par M. Duvergier (1), se résume ainsi :

Sans doute, l'action en garantie s'ouvre pour le propriétaire par la manifestation du vice du sol ou de construction. Sans doute elle ne peut être intentée qu'à compter du jour où ce vice a éclaté. Mais il n'est pas exact de dire qu'elle ne soit limitée par aucun texte spécial, l'art. 2270 la circonscrit dans un laps de temps de dix années. L'erreur de l'autre opinion vient de ce qu'elle prend l'article 2270 pour la reproduction ou le calque de l'article 1792; il n'en est pas ainsi; sans doute ces deux articles ont une intime corrélation, mais toutefois il ne faut pas les confondre. L'art. 1792 a principalement pour but de décider que l'architecte n'est responsable que des vices qui se manifestent pendant dix ans, et nullement de ceux qui surviennent après; du reste il ne dit rien du temps qu'aura le propriétaire pour intenter son action. C'est l'article 2270 qui vient combler cette lacune. Il soumet l'action du maître à une prescription décennale. Ainsi ces deux articles s'enchaînent sans se confondre; ils se complètent l'un l'autre et se prêtent un mutuel appui.

1008. De ces deux systèmes le premier est seul admissible, tandis que le second s'écroule devant un examen attentif. Nous allons en donner la preuve (2).

J'ai dit ailleurs (3) que l'art. 2270 du Code civil a pour origine la loi 8 au C. *De operibus publicis*. Voyons comment ce texte est conçu :

« Omnes quibus vel cura mandata fuerit operum
« publicorum, vel pecunia ad extructionem solito more
« credita, *usque ad annos* 15 *ab opere perfecto*, cum
« suis hæredibus, teneantur obnoxii; *itâ ut si quid*
« *vitii in ædificatione* INTRA PRÆSTITUM TEMPUS PERVENERIT, de eorum patrimonio (exceptis tamen his
« casibus qui sunt fortuiti), reformetur. »

Cette loi ne laisse pas d'équivoque. Elle explique elle même comment il faut entendre le principe de la responsabilité des entrepreneurs pendant 15 ans; elle déclare que cela signifie qu'ils doivent réparer toutes les défectuosités survenues à leurs travaux pendant 15 ans, à compter de la fin de l'ouvrage, c'est-à-dire de sa réception (4). Mais ajoute-t-elle que les propriétaires auront tel ou tel délai pour obtenir la réparation de ce dommage survenu pendant les quinze ans? Non; elle ne dit pas un mot de ce second point.

Tout le monde est d'accord pour reconnaître que cette loi est le principe de la garantie décennale des entrepreneurs, admise en France avant le Code civil.

Et lorsque le législateur a édicté l'article 2270 du Code civil, il n'a pas entendu faire autre chose que consacrer cette ancienne jurisprudence. M. Bigot en fit l'observation dans son exposé des motifs du titre *de la Prescription* (5).

Ainsi, déjà, en remontant à l'origine de l'article 2270, nous commençons à voir l'erreur du système de M. Duvergier. S'il nous accorde que l'article 2270 reflète la loi 8 au C. *De operib. public.*, il sera forcé de reconnaître avec nous que cet article n'a eu en vue que le temps d'épreuve pendant lequel le bâtiment est mis à l'essai, qu'il n'a pas entendu faire autre chose qu'affranchir l'entrepreneur des ruines, pertes et grosses dégradations survenues après les dix ans.

1009. Mais en examinant de plus près l'art. 2270, cette vérité devient plus frappante encore. Il suppose d'abord que l'architecte est responsable des gros ouvrages qu'il a faits ou dirigés; puis, il dispose qu'il est déchargé de cette garantie après dix ans. Donc, il ne statue que sur la durée de la garantie; donc il reste neutre sur la durée de l'action en garantie.

1010. Et c'est ici le moment d'insister sur une idée qui est le nœud de cette question, et qui a échappé à la sagacité de M. Duvergier. Je veux parler de la différence qui existe entre la durée de la garantie et la durée de l'action en garantie.

En général, et à moins d'une loi formelle, la garantie est due perpétuellement, en ce sens que le garant reste indéfiniment sous le coup du recours, tant qu'il n'y a pas de trouble; la loi 21 au C. *De evict.* avait fait ressortir ce point de vue que j'ai moi-même rappelé dans mon Commentaire de la *Prescription* (6); on le trouve d'ailleurs implicitement contenu dans l'article 2257 du Code civil.

Mais il n'en est pas de même de l'action en garantie. Elle a des bornes constamment précises; elle est resserrée dans une durée toujours définie; tantôt c'est trente ans (et c'est le droit commun); tantôt c'est un moindre temps (art. 1622 C. C.).

Cette distinction une fois bien présente à l'esprit, l'art. 2270 devient plus clair que le jour, et l'on s'étonne des doutes auxquels il a donné lieu. En effet, de quoi s'occupe-t-il? De la durée de la garantie, ou de la durée de l'action en garantie? Il suffit de le lire. « L'entrepreneur est déchargé, dit-il, *de la garantie!* » Il n'a donc en vue que la garantie, et nullement l'action en garantie; cette garantie de l'architecte, qui serait perpétuelle si la loi ne venait à son secours, l'art. 2270 la restreint à dix ans. Il ne veut pas que l'entrepreneur soit condamné à attendre indéfiniment l'événement d'un sinistre, et que le propriétaire puisse venir, après 20 ans, 30 ans, 60 ans, lui dire :

« Ma maison s'est écroulée hier, je ne pouvais agir
« contre vous auparavant, puisque le dommage n'a-
« vait pas eu lieu; je suis dans les termes de l'arti-
« cle 2257 du Code civil; réparez donc, même au bout
« de 60 ans, le dommage qui provient du vice du sol
« ou du défaut de construction. » Non! la loi repousse ce système de responsabilité indéfinie. Elle veut que l'architecte soit dans une position privilégiée, et qu'il ne réponde que des sinistres arrivés dans les dix ans. Voilà l'objet unique de l'art. 2270. Quant à la durée de l'action en garantie (ce qui est fort différent), cet article ne s'en occupe en aucune manière.

Ainsi donc, le texte et l'origine de l'article 2270 s'accordent pour repousser l'interprétation de M. Duvergier.

Maintenant rapprochons l'art. 2270 de l'art. 1792, et nous verrons que tous les deux se réunissent dans la même pensée, qui est de mettre un terme à la responsabilité de l'entrepreneur. Cette pensée n'est pas équivoque dans l'article 1792, puisque M. Duvergier

(1) T. 2, n° 361.
(2) *Junge* les annotateurs toujours très-judicieux de M. Zachariæ, t. 3, p. 47, note 13.
(3) *Prescript.*, n° 939.
(4) *Supr.*, n° 999.
(5) Mon Comm. de la *Prescript.*, t. 939.
(6) N° 801, note 2.

convient qu'elle y apparaît en caractères manifestes. Ses doutes ne portaient que sur l'article 2270. Je crois qu'ils doivent maintenant être dissipés.

Il est donc palpable que la durée de l'action en garantie est restée en dehors des dispositions des articles 1792 et 2270. Et puisque aucune loi ne la restreint à un moindre temps, elle a 30 ans pour s'exercer, à partir de la ruine survenue et constatée pendant les dix ans d'épreuve.

1011. Mais avant d'en finir sur ce point, je m'aperçois que la cour de Paris a adopté un troisième système par un arrêt du 15 novembre 1836 (1). Elle veut que le propriétaire soit, après l'expiration du délai de dix ans, non recevable à se plaindre de la ruine survenue pendant ce délai! Mais ce système qui, du reste, ne se défend dans l'arrêt en question que par des motifs fort légers, est peut-être plus vicieux encore que celui de M. Duvergier. Voyez en effet à quel résultat il conduit. Si la ruine est arrivée après la construction livrée, le propriétaire aura 9 années pour faire valoir ses droits. Si elle est arrivée la veille des dix ans, il n'aura qu'un jour! que dis-je, quelques heures peut-être!

Il suffit d'énoncer de telles conséquences pour être convaincu que le principe qui les engendre pèche par les règles de la logique.

1012. Voilà ce que j'avais à dire sur la responsabilité de l'entrepreneur pour vice du sol ou défaut de construction.

Il est une troisième cause de garantie; c'est celle qui provient de l'inobservation des règlements. L'article 1792 n'en parle pas; voyons comment il faut suppléer à son silence.

Il y a deux sortes de règlements qu'on doit avoir soin de distinguer pour bien apprécier les diverses nuances de ce point de droit.

Les uns ont pour objet la solidité des édifices, et leur bonne construction; par exemple, l'épaisseur des murs (2), le placement des cheminées, de manière à prévenir les causes d'incendie, etc.

Les autres ont en vue l'embellissement et la régularité des cités, l'élargissement des voies de communication; ou bien encore le respect dû aux droits du voisinage. On peut donner pour exemple l'obligation de ne pas élever de murs au delà de l'alignement fixé par les règlements de la voirie, ou de prendre certaines précautions quand on bâtit contre la propriété d'autrui.

Dans tous ces cas, l'entrepreneur qui construit sans tenir compte des règlements, est responsable de leur violation (3); c'est un point sur lequel il ne saurait y avoir de controverse. On suppose que l'architecte, dans la vue de faire un gain, a trompé la religion du propriétaire, en lui laissant ignorer les prohibitions de la loi, ou en lui persuadant qu'il pouvait impunément s'en affranchir. Mais les règles de cette responsabilité sont-elles uniformes? La prescription de dix ans couvre-t-elle sans distinction l'entrepreneur, non-seulement quand il s'agit de malfaçon, mais encore quand la construction, régulière sous le rapport de la solidité et de la sécurité publique, pèche seulement par rapport aux règles de la voirie ou aux droits du voisinage?

Examinons ce point.

1013. En premier lieu, quand la violation porte sur des règlements qui pourvoient à la solidité des bâtiments et à leur bonne construction, la responsabilité de l'entrepreneur rentre évidemment dans le cas prévu par l'article 1792 (4), c'est le *vice de construction* dont il s'occupe; et la discussion à laquelle il donna lieu au conseil d'État, indique que cela fut ainsi entendu. Ainsi, quand dix ans s'écoulent sans accidents, l'architecte est libéré envers le particulier.

1014. En est-il de même quand l'infraction porte sur les règlements de la voirie et les droits du voisinage? Par exemple: l'architecte qui aurait construit un moulin sur une rivière navigable (5) serait-il affranchi du recours du propriétaire, si, pendant dix ans, l'autorité n'avait pas inquiété celui-ci, et si ses poursuites en démolition n'avaient lieu que dix ans après?

Ici, l'entrepreneur ne peut se sauver par l'article 1792, qui considère la construction en elle-même, intrinsèquement, sous le rapport de la solidité, de la durée, de la sécurité.

Mais cet article lui échappant, ne trouvera-t-il pas son refuge dans l'article 2270, dont la rédaction est bien plus compréhensive que l'art. 1792 (6)? J'incline pour l'affirmative; l'art. 2270 ne distingue pas; il décharge l'entrepreneur de la garantie, d'une manière générale, sans s'inquiéter des causes qui l'ont produite; il englobe tous les cas dans une même disposition.

Mais si le propriétaire était inquiété dans les dix ans, il aurait trente ans pour recourir contre l'entrepreneur, coupable d'avoir abusé de son art dans des vues sordides, et d'avoir donné les conseils de la mauvaise foi à celui qui lui demandait les conseils de la prudence (7).

1015. Nous avons raisonné jusqu'ici dans la supposition que l'entrepreneur aurait opéré sur le sol d'autrui. Mais l'art. 1792 s'applique-t-il à l'entrepreneur qui a construit sur son propre sol et avec ses matériaux, une maison dont on lui a fait la commande?

M. Duranton n'en fait pas de doute (8), et je crois qu'il est dans l'erreur.

En effet, lorsque l'entrepreneur a édifié sur son propre terrain, il n'est pas autre chose qu'un vendeur (9), sa position est donc gouvernée par les règles du contrat de vente. Il doit être traité comme l'entrepreneur qui vend une maison qu'il vient de construire.

L'article 1792 indique par ces termes qu'il ne s'occupe pas de ce cas. La responsabilité qu'il fait peser sur l'entrepreneur pour vice du sol, ne serait qu'un non-sens puéril, s'il n'avait pas en vue le cas unique où c'est le maître qui a fourni le sol sur lequel s'élèvent les constructions (10).

(1) Sirey, 37, 2, 257.
(2) M. Réal (discussion au conseil d'État. (Fenet, t. 14, p. 293). Locré, t. 7, p. 173, n° 18.
(3) M. Lepage, t. 2, p. 15 et s. M. Zachariæ, t. 3, p. 48. M. Duvergier, t. 2, n° 361.
(4) *Supr.*, n° 1003.
(5) Mon Comm. de la *Prescript.*, n° 139.
(6) *Supr.*, n° 1003.
(7) *Supr.*, nos 1008 et suiv., et n° 996.
(8) *Louage*, n° 255.
(9) *Supr.*, nos 962 et suiv., et n° 992.
(10) *Supr.*, n° 994.

Article 1793.

Lorsqu'un architecte ou un entrepreneur s'est chargé de la construction à forfait d'un bâtiment, d'après un plan arrêté et convenu avec le propriétaire du sol, il ne peut demander aucune augmentation de prix, ni sous le prétexte de l'augmentation de la main-d'œuvre ou des matériaux, ni sous celui de changements ou d'augmentations faites sur ce plan, si ces changements ou augmentations n'ont pas été autorisés par écrit et le prix convenu avec le propriétaire (1).

SOMMAIRE.

1016. Abus auquel l'art. 1793 a voulu remédier.
1017. Par quel moyen l'art. 1793 lie les entrepreneurs.
1018. La preuve des changements et augmentations à un plan convenu et arrêté doit être écrite.
1019. En est-il de même de la preuve du prix des augmentations ?
1020. La loi repousse aussi les prétentions du constructeur qui prétendrait s'être trompé dans le prix des matériaux.
1021. Mais l'art. 1793 n'est pas applicable lorsque le constructeur n'a pas été lié par un marché à *forfait* et un plan arrêté.
1022. Il ne s'applique pas non plus au cas où le constructeur opère sur son propre terrain. Preuves de cette vérité.

COMMENTAIRE.

1016. Cet article a été dicté par une pensée de sévérité contre les entrepreneurs, et la cour d'appel de Lyon disait qu'il était depuis longtemps désiré *pour arrêter enfin les funestes effets du dol et des manœuvres des ouvriers* (2). En effet, les entrepreneurs, architectes ou autres qui se chargeaient d'une construction à prix fait, avaient coutume de suggérer au propriétaire l'idée de faire des changements au plan adopté; et, quelque légers que fussent ces changements, ils soutenaient que le devis se trouvait annulé (3)! L'art. 1793 prévient cette surprise. Voici comment.

1017. Si le plan a été modifié, si le propriétaire, maître de ses actions, a voulu que les constructions fussent augmentées, il est juste que l'entrepreneur soit indemnisé de ce surcroît de travaux et de dépenses. Mais sa réclamation est subordonnée à deux conditions: la première, que les changements ou augmentations soient autorisés par écrit, car ce n'est que par l'écriture que l'on peut modifier un plan arrêté, convenu, écrit; la seconde, que le prix soit convenu avec le propriétaire; car, s'il n'était pas convenu d'avance, les promesses trompeuses de l'architecte sur le peu d'élévation de la dépense pourraient entraîner le propriétaire dans des frais dont il pourrait plus tard se repentir amèrement.

1018. Il résulte de là que la preuve des changements et des augmentations ne peut résulter que d'une convention rédigée par écrit: l'écriture est de son essence. Destinée à modifier un plan arrêté, constaté par l'écriture, il faut qu'elle se présente dans les mêmes conditions d'existence, afin de s'ajouter à lui et d'en former un appendice inséparable. Vainement l'entrepreneur déférerait le serment au propriétaire sur un prétendu accord qui aurait changé l'état primitif du plan; vainement il demanderait à le faire interroger sur faits et articles. Ces moyens de preuve n'ont aucune valeur; ils ne peuvent remplacer l'écriture (4).

1019. Mais l'art. 1793 n'est pas aussi sévère sur la preuve du prix des augmentations. Il faut sans doute que le prix soit convenu d'avance; l'architecte ne pourrait, à défaut de convention, demander à faire estimer les travaux par experts: mais autre chose est la convention sur le prix, autre chose est la preuve de cette convention. Si l'architecte prouve, par un interrogatoire sur faits et articles ou par le serment, que la convention sur le prix des travaux a positivement eu lieu, que telle somme a été fixée pour les travaux additionnels à exécuter, il sera écouté dans sa réclamation.

1020. Puisque la loi est si sévère alors même que l'architecte soutient que ses constructions supplémentaires ont eu l'adhésion du propriétaire, combien, à plus forte raison, doit-elle rejeter toute prétention à un surcroît de prix fondé sur l'augmentation de valeur des matériaux ou de la main-d'œuvre, et sur ce que le constructeur se serait trompé à son préjudice dans ses évaluations!

1021. N'oublions pas de remarquer, du reste, que l'art. 1793 n'a été fait que pour le cas où les conditions du marché ont été réglées à forfait et arrêtées par un plan. Si le propriétaire se fût aventuré dans les travaux sans stipuler un prix à forfait, s'il se fût livré à l'entrepreneur sur des données vagues et sans avoir pris la précaution de le lier par un plan, on rentrerait dans le droit commun (5).

1022. L'article 1793 est également étranger au marché que l'on conclut avec un entrepreneur pour qu'il bâtisse une maison de telle ou telle figure sur son propre terrain. Les termes de cet article indiquent qu'il n'envisage que le cas d'un louage pur et simple, et non pas le cas de vente renfermé dans l'espèce dont nous parlons. Notez, en effet, ces expressions: *D'après un plan arrêté et convenu avec le* PROPRIÉTAIRE DU SOL! Elles auraient dû avertir M. Duvergier du but que s'est proposé l'article 1793, et l'empêcher de confondre deux positions fort différentes (6).

Et pourquoi, en effet, l'art. 1793 s'étendrait-il à

(1) L'art. 1793 du Code civil, sur les effets de la convention pour l'établissement à forfait d'une construction, n'est pas applicable en matière de commerce et doit se restreindre aux contrats civils. (31 mars 1834, Cass. belge; Jur. de Belg., 1834, 1, 312.)
(*Édit. belge.*)

(2) Fenet, t. 4, p. 212.

(3) M. Tronchet (Fenet, t. 14, p. 265). Locré, t. 7, p. 174, n° 20.

(4) Req., Rejet, 16 août 1826 (D., 26, 1, 455. S., 26, 1, 243). Douai, 20 avril 1831 (S., 31, 2, 337. D., 32, 2, 4). M. Duranton, *Louage*, n° 256. M. Duvergier, t. 2, n° 366. M. Zachariæ, t. 3, p. 49, note 16.

(5) M. Duranton, *Louage*, n° 256.

(6) V. en effet ce qu'il dit t. 2, n° 269.

l'architecte qui construit sur son terrain? N'est-il pas clair qu'autant cette disposition était indispensable lorsqu'un propriétaire donne à un architecte un terrain à bâtir, autant elle était oiseuse pour celui où c'est l'architecte qui est propriétaire du terrain mis en construction?

J'ai passé avec un architecte une police par laquelle il s'oblige à élever pour moi, moyennant le prix de 150,000 francs, un petit hôtel sur un terrain dont il s'est rendu adjudicataire, et d'après tel plan convenu et arrêté entre nous. Quand les travaux sont commencés, cet architecte vient me dire qu'il se trouve entraîné dans des dépenses qui n'avaient pas été prévues; que dans le lieu où devait reposer une partie des fondements, il a trouvé un terrain mobile qui donne lieu à une forte augmentation d'ouvrage, etc. En présence d'une telle proposition, le législateur n'a pas à craindre qu'il soit fait violence à ma liberté pour l'adopter ou la repousser. Je suis maître de dire à l'architecte : « Reprenez votre marché : il ne me convient plus; les bases en sont « changées, et je suis délié de mon engagement. » Ou bien, il est en mon plein pouvoir de l'actionner devant les tribunaux pour qu'il tienne jusqu'au bout une obligation qu'il a librement consentie, et dont il a dû prévoir les chances, bonnes ou mauvaises. En un mot, ma position n'est pas plus périlleuse que celle d'un acquéreur ordinaire qui se trouve en collision avec son vendeur. Le droit commun suffit pour une telle situation.

Mais combien l'état des choses serait différent si c'était sur mon propre terrain que les ouvrages fussent commencés. Ici je ne puis pas me décharger sur l'architecte de ce qui a été fait, et laisser à son compte et le site et les constructions. Une fois engagé dans un travail que j'ai cru utile à mes intérêts, je suis dominé par le désir de ne pas le laisser inachevé, et c'est ce désir que l'entrepreneur exploitera avec une insatiable avidité; il trouvera mille prétextes pour m'entraîner de constructions en constructions, de dépenses en dépenses. Toujours poursuivi par la pensée de ne pas rester à mi-œuvre, j'obéirai à son impulsion. Je me créerai de bonnes raisons pour me persuader que je ne dois pas perdre les avances que j'ai déjà faites! Puis l'amour-propre s'en mêlera; je ne voudrai pas qu'il soit dit que j'ai reculé devant la dépense, et que je laisse ma propriété dans un état inutile et hideux d'imperfection.

Eh bien, voilà le péril contre lequel il ne fallait pas laisser un propriétaire désarmé. C'est ce jeu ruineux que le législateur a voulu prévenir par une disposition réclamée depuis longtemps par tous ceux qui connaissaient le cœur humain. Il y avait là une nécessité pressante dont il fallait s'occuper, un écueil dont la faiblesse du propriétaire devait être sauvée.

Mais croit-on que la loi, trop occupée par ce qui est utile, ait perdu son temps à songer à une tout autre position, suffisamment protégée par les principes ordinaires et exempte de tout danger sérieux?

Article 1794.

Le maître peut résilier, par sa seule volonté, le marché à forfait, quoique l'ouvrage soit déjà commencé, en dédommageant l'entrepreneur de toutes ses dépenses, de tous ses travaux, de tout ce qu'il aurait pu gagner dans cette entreprise.

SOMMAIRE.

1023. De la résiliation du louage d'ouvrage par la volonté du maître.
1024. Puissance de cette volonté et explication de ce droit de résiliation *ad nutum*.
1025. Moyens pour qu'il ne soit pas préjudiciable à l'ouvrier.
1026. Obligation du maître de payer à l'ouvrier tout ce qu'il aurait gagné dans l'entreprise si elle eût été terminée.
Sens de ces mots, *tout ce qu'il aurait pu gagner*, etc.
Cas proposé qui en fera mieux comprendre l'étendue.
1027. Du cas où le maître a payé à l'ouvrier le prix entier des travaux quand il résilie.
1028. La résiliation autorisée par l'art. 1794 pour les marchés à forfait, a lieu à plus forte raison pour les marchés à tant la mesure ou la pièce.
1029. Le droit de résiliation passe du maître à ses héritiers.
1030. L'art. 1794 ne s'applique pas au cas où l'ouvrier travaille sur sa propre chose.

COMMENTAIRE.

1023. L'art. 1794 s'occupe de la résiliation du louage d'ouvrage par la volonté du maître. Les articles 1795 et 1796 traiteront d'une autre cause de résolution, celle qui arrive par la mort de l'ouvrier, de l'architecte, de l'entrepreneur.

1024. La seule volonté du maître suffit pour rompre le louage d'ouvrage; en quelque temps que cette volonté se manifeste, elle a assez de puissance pour arrêter le travail; quand même les choses ne seraient plus entières, quand même l'ouvrage serait fort avancé, l'ouvrier doit s'arrêter devant cet obstacle qui met fin à la convention.

Quelle est la raison de ce pouvoir exorbitant?

C'est que depuis la conclusion du marché il a pu survenir au maître des motifs impérieux de ne pas passer outre; des pertes ont pu le frapper; sa fortune a pu se déranger; il peut se trouver hors d'état de subvenir à la dépense qu'il s'était proposé de faire. La loi n'a pas voulu qu'on exigeât de lui l'impossible. Elle l'a donc sagement autorisé à discéder de la conven-

tion, sans l'obliger à déduire des motifs souvent pénibles pour son amour-propre (1).

1025. Néanmoins, il ne fallait pas que ce changement de volonté fût préjudiciable à l'ouvrier; ce dernier ne doit pas souffrir de dommage de cette inexécution. C'est pourquoi le droit de demander la résolution est subordonné à la condition de l'indemniser de toutes ses dépenses, de tous ses travaux, et même de tout ce qu'il aurait pu gagner dans l'entreprise. Notre article a pris soin de détailler les causes de dommages et intérêts avec le désir d'être complet et de perfectionner la doctrine que Pothier enseignait sur ce point. Nous en donnerons la preuve au n° 1026.

Ainsi, si avant que le maître eût déclaré sa volonté de résilier le marché, l'ouvrier avait acheté des matériaux qui ne pourraient plus lui servir et qu'il serait obligé de revendre à perte; s'il avait déjà loué des ouvriers qui lui devinssent inutiles; s'il perdait par la résiliation l'espoir d'un bénéfice qu'il avait compté faire dans l'entreprise, toutes ces causes entreraient dans l'évaluation des dommages et intérêts.

Que si les travaux étaient commencés, le maître devrait payer en outre à l'ouvrier le prix de ce qu'il aurait fait par estimation et ventilation (2).

1026. J'ai dit que le maître est tenu de payer à l'ouvrier tout ce que ce dernier aurait pu gagner dans l'entreprise. Cette partie de l'art. 1794 avait excité les réclamations de la cour d'appel de Paris.

Elle disait :

« Les derniers mots : *et de tout ce qu'il aurait pu* « *gagner dans cette entreprise*, sont de trop. Il faut « mettre à la place : et de la perte qu'il a pu faire, à « raison d'autres entreprises que le marché dont on « demande la résiliation lui a fait refuser. Voyez Po- « thier, *du Louage*, n° 440 (3). »

Cette proposition n'a pas été adoptée par le législateur, qui a cru devoir maintenir la rédaction primitive. Il suit de là que lorsqu'on voudra calculer le *lucrum cessans*, il ne faudra pas prendre pour élément le bénéfice que l'ouvrier aurait pu faire dans d'autres entreprises qu'il a refusées, mais celui qu'il aurait fait dans l'entreprise avortée. Cette règle est plus précise et plus sûre que celle de Pothier.

Ceci accordé, voyons quelle est la portée de ces mots : *tout ce que l'ouvrier aurait pu gagner dans l'entreprise*. Ils peuvent donner lieu à une difficulté.

Je suppose un entrepreneur de travaux publics dont le bénéfice présumé est de 10 pour % du prix d'adjudication. Le gouvernement résilie le marché lorsque les travaux étaient à peine commencés; et prétendant que, dans cet état, l'entrepreneur a été dégagé des soins et des embarras de l'entreprise, il demande qu'on fasse entrer cette circonstance en ligne de compte; en conséquence il offre non pas 10 pour %, mais la moitié de ce bénéfice présumé. Y sera-t-il fondé?

Je ne le crois pas. L'art. 1794 veut que par une fiction on suppose les travaux terminés afin d'attribuer à l'entrepreneur le bénéfice qu'ils auraient procuré s'ils eussent été réellement conduits à fin. Or, supposer les travaux accomplis, c'est supposer implicitement, mais nécessairement, l'existence des soins et des fatigues sans lesquels il n'y a pas d'ouvrage. Et cette supposition n'a rien que de juste et de légal; car il n'a pas tenu à l'entrepreneur de prendre ces soins et de supporter ces fatigues (4); c'est le fait de l'administration qui l'empêche de se mettre à l'œuvre; mais ce fait ne peut le priver du prix qu'il aurait retiré de ses peines, si un événement qui ne doit pas lui nuire n'était venu y mettre obstacle. En un mot, la loi est absolue; elle exclut les limitations et les restrictions; elle veut que l'entrepreneur soit dédommagé de *tout* ce qu'il aurait gagné; ce mot a une portée qu'il ne faut pas amoindrir par des prétextes, et dès lors on doit payer à cet entrepreneur le bénéfice *entier* qu'il aurait fait si l'entreprise eût été conduite à fin.

1027. Si le maître avait payé d'avance à l'ouvrier le prix entier des travaux, il serait fondé à le répéter par la condiction *sine causâ*, qui a lieu lorsque la cause pour laquelle la somme a été avancée ne s'est pas réalisée (5). Le prix n'était dû à l'ouvrier qu'autant qu'il parachèverait l'ouvrage; or, la volonté du maître y ayant mis obstacle et l'ouvrage ne devant plus se faire, la somme payée pour prix n'a pas été due et il y a lieu de la répéter (6).

Du reste, Pothier à qui j'emprunte cette opinion, y ajoute un tempérament qui démontre son esprit d'équité et d'exactitude scrupuleuse. « Si l'ouvrier « allègue, dit-il, qu'il n'a plus l'argent qu'il a reçu et « qu'il l'a dépensé, on doit lui accorder des termes « de payement pour la restitution de ce qu'il doit ren- « dre, de manière qu'il ne soit pas incommodé de « cette restitution (7). »

1028. L'art. 1794 fait expressément porter sa disposition sur les marchés à forfait. Si le maître peut résilier par sa seule volonté un tel marché qui de tous est celui qui le lie le plus étroitement, combien à plus forte raison un marché à la pièce ou à la mesure (8)!

1029. Le droit du maître passe à ses héritiers (9); ou pour mieux dire, les héritiers, en succédant au contrat, trouvent en eux-mêmes le droit dont la loi avait investi leur auteur. Car l'exiguïté de leurs ressources, ou d'autres causes personnelles peuvent leur rendre l'ouvrage onéreux ou inutile.

S'il y a plusieurs héritiers et qu'ils ne soient pas d'accord, le juge décidera par les moyens de preuves qui sont en son pouvoir, la question d'opportunité de cessation ou de continuation des travaux (10). On ne suit pas ici l'analogie donnée par les articles 1670 et 1685, qui en cas de réméré ou de rescision pour lésion exigent l'accord de tous les héritiers. Une vente est plus difficile à résoudre qu'un contrat de louage d'ouvrage, et il est juste que l'hésitation entre les héritiers se résolve en faveur du droit de propriété, qui vit de stabilité. Mais quand il s'agit de la résolution d'un contrat de louage, le même intérêt n'existe pas, et ce qu'il y a de plus équitable, c'est de ne pas forcer les héritiers pauvres ou gênés à se jeter dans des dépenses au-dessus de leurs forces.

1030. On demande si l'art. 1794 s'applique au cas où l'ouvrier travaille sur sa propre chose. L'affirmative est énoncée transitoirement par M. Duvergier (11), et dans son opinion elle n'est susceptible d'aucun doute; car on sait qu'il s'est réuni à M. Du-

(1) Pothier, n° 440.
(2) Id., n°s 440, 441.
(3) Fenet, t. 5, p. 277.
(4) V. *supr.*, la citation de Favre, n° 879.
(5) L. 1, § 2, D. *De condict. sine causâ*.
(6) Pothier, n° 441.
(7) N° 442.
(8) M. Duranton, *Louage*, n° 257.
(9) Pothier, n° 446.
(10) Id., 446. M. Duranton, *Louage*, n° 257.
(11) T. 2, n° 335.

raison pour décider que l'ouvrier n'est qu'un locateur d'ouvrage et non le vendeur d'une chose future (1). Mais dans la nôtre, qui admet la proposition inverse, la question doit se résoudre par les principes de la vente. Or, la vente ainsi contractée, quoiqu'elle soit soumise à une condition suspensive, n'en a pas moins l'effet de lier les parties, et l'une ne peut en discéder sans le consentement de l'autre (2).

La preuve que l'art. 1794 n'a en vue que le cas où l'ouvrier travaille sur la chose d'autrui, se trouve dans le mot *marché* dont il se sert, et qui, dans cette section, est synonyme de *louage*, ainsi que les mots *prix fait*, *forfait* (3). Pour achever de s'en convaincre, il suffit de combiner l'art. 1794 avec l'article suivant, qui, continuant à traiter des causes de résolution du contrat qui prédomine cette section, se sert de ces mots : *le contrat de louage d'ouvrage* (4). Ceci admis, il devient évident qu'on ne peut étendre à un cas de vente une disposition qui n'a été faite que pour le louage. Assurément, il serait bien extraordinaire que lorsque les articles 1792, 1793, 1795 et 1796 sont inapplicables au cas où l'ouvrier travaille sur sa matière (5), l'art. 1794 rompît cet enchaînement des idées pour s'emparer de ce cas.

1031. Notre article n'ouvre le droit de résiliation *ad nutum* qu'en faveur du maître. Il n'accorde pas un droit réciproque à l'ouvrier ou à l'entrepreneur. Telle était aussi la règle dans l'ancienne jurisprudence (6). La cour d'appel de Lyon aurait voulu qu'à cause de la juste sévérité des articles précédents, l'entrepreneur pût aussi résilier jusqu'au moment où les travaux sont commencés. « S'il trouve les matériaux, « la main-d'œuvre plus chers qu'il ne les avait cal- « culés, disait-elle, il faut qu'il puisse abandonner le « marché, tant que les constructions ne sont pas en- « core commencées (7). »

Les rédacteurs du Code civil n'ont pas admis cet amendement. L'ouvrier doit connaître son art, et savoir calculer les chances qu'il présente : *Spondet peritiam artis*. Il ne fallait pas l'autoriser à alléguer sa propre impéritie pour discéder d'une convention librement consentie. Si donc il se dispense d'exécuter l'ouvrage, le maître pourra l'actionner en justice pour voir dire que, faute par lui de le commencer dans un temps déterminé par le juge, il sera autorisé à faire marché avec un autre ouvrier pour faire l'ouvrage aux risques et dépens de lui défendeur, en l'appelant au marché (8).

Article 1795.

Le contrat de louage d'ouvrage est dissous par la mort de l'ouvrier, de l'architecte ou entrepreneur.

Article 1796.

Mais le propriétaire est tenu de payer, en proportion du prix porté par la convention, à leur succession la valeur des ouvrages faits et celle des matériaux préparés, lors seulement que ces travaux ou ces matériaux peuvent lui être utiles.

SOMMAIRE.

COMMENTAIRE.

1032. L'art. 1795 passe à une autre cause de résolution, à savoir, la mort de l'ouvrier, de l'architecte ou entrepreneur. Cet article établit le principe. L'art. 1796 règle les conséquences de l'événement résolutif.

1033. Dans l'ancienne jurisprudence on distinguait si l'ouvrage qui faisait l'objet du marché, était un ouvrage qui réclamât le talent et l'industrie personnels du locateur, ou bien un de ces travaux qu'on peut faire faire par d'autres, comme l'ouvrage d'un vigneron, d'un architecte, d'un menuisier (9). Dans le premier cas, le contrat était dissous par la mort du

(1) *Supr.*, n°s 966 et suiv.
(2) Mon Comm. de la *Vente*, n°s 54, 55.
(3) V. ce que j'ai dit sur l'art. 1792, n° 1015, et sur l'art. 1793, n° 1022.
(4) *Infr.*, n° 1044.
(5) V. n°s 1015, 1022, 1044.
(6) Pothier, n° 443.
(7) Fenet, t. 4, p. 212.
(8) Pothier, t. 443.
(9) Ce sont les exemples donnés par Pothier.

locateur; dans le second il passait à ses héritiers (1).

1034. Le Code repousse cette distinction. Il veut que dans tous les cas le contrat soit résolu par la mort de l'ouvrier, de l'architecte ou entrepreneur. On s'est déterminé, en partie, par cette idée, qu'un marché d'ouvrage ne se règle pas seulement par la fixation du prix, mais par la confiance qu'on a dans la probité et dans l'intelligence de celui qu'on en charge (2). Quand on traite avec un architecte, par exemple, ce n'est pas seulement parce qu'il est architecte, mais parce qu'on le croit habile. Ainsi, s'il meurt, la confiance qui a formé le contrat et qui en est le principe, n'existe plus, et par une suite nécessaire le contrat se trouve détruit (3).

Une autre considération est venue s'ajouter à celle-là. Quand, par exemple, l'architecte laisse en mourant une femme et des enfants en bas âge, comment le propriétaire qui a traité avec lui parviendra-t-il à faire exécuter le contrat? Faudra-t-il des avis de parents et le concours d'une famille entière pour achever une entreprise qui ne peut être conduite que par l'intelligence d'un seul (4)? Et si on admet les héritiers à présenter un remplaçant, recourra-t-on à un jury pour faire prononcer sur son habileté (5)?

On a donc mieux aimé ne faire aucune distinction, et considérer le louage d'ouvrage comme se réduisant toujours à l'obligation d'un fait personnel (6). C'est pourquoi la fin de notre article, voulant éviter toute méprise, se sert d'expressions propres à embrasser tous les genres d'ouvrages, et particulièrement ceux que dans l'ancien droit on regardait comme n'étant pas personnels. Tel est le sens de ces mots accumulés: *l'ouvrier, l'architecte, ou l'entrepreneur*.

1035. Le louage sera donc dissous, et la résolution pourra être réclamée soit par le maître, soit par les héritiers eux-mêmes. Les raisons qui ont dicté l'article 1795, et que nous avons pris soin de faire connaître, ne laissent aucun doute sur cette réciprocité du droit de demander la résolution (7).

1036. Observez cependant que bien que l'art. 1795 voie toujours dans le louage d'ouvrage l'obligation d'un fait personnel, il n'est pas en contradiction avec l'art. 1237 qui permet à l'ouvrier de faire faire le travail par un autre, dans tous les cas où le maître n'a pas intérêt à ce qu'il y mette lui-même la main.

J'ai montré au n° 820 comment ces deux articles se concilient.

1037. Observez, en outre, que l'art. 1795 ne s'étend pas au cas où, d'après les intentions des parties, le débiteur doit procurer au créancier une chose non encore faite, un résultat à créer sans être tenu d'y mettre son industrie personnelle. On peut donner pour exemple de ce cas la convention suivante. Étant brouillé avec François, architecte, homme de goût et constructeur habile, je désirerais cependant avoir une maison bâtie par lui, sur ses plans. Ne pouvant avoir recours à lui à cause de nos différends, je m'adresse à vous qui êtes son parent et mon ami, pour que vous mettiez sous votre nom, mais dans mon intérêt, ses talents à profit, et vous vous obligez, en conséquence, moyennant l'abandon que je vous fais d'un certain terrain, à me procurer dans le délai de trois ans, une maison construite par François sur tel fonds qui m'appartient; si vous venez à mourir avant les trois ans, cette convention passera à vos héritiers (8).

1038. Enfin, il faut noter en 3e lieu que l'article 1795 ne s'applique pas, au moins en général, au louage des services pour transport de marchandises et de personnes, parce que, comme le dit M. Duranton, c'est simplement le fait de transport et nullement l'industrie particulière de la personne qui a été prise en considération (9).

D'ailleurs, la rubrique à laquelle se rapporte l'article 1795, indique qu'il n'a pas été fait pour le contrat de voiturage.

1039. Voyons maintenant quelles sont les conséquences que produit la résolution du contrat par la mort de l'ouvrier, de l'architecte, de l'entrepreneur; elles sont réglées par l'article 1796.

Lorsque l'ouvrage a été commencé et que des matériaux ont été achetés, le maître à qui ces travaux et ces matériaux peuvent être utiles doit en payer la valeur aux héritiers en proportion du prix porté par la convention; car nul ne doit s'enrichir aux dépens d'autrui. Mais si les travaux et les matériaux n'ont pour le maître aucune utilité, ce qui peut arriver souvent lorsque les travaux sont si peu avancés que la mort de l'ouvrier les rend inutiles au maître, et qu'alors celui-ci renonce à son entreprise, ou bien traite avec un autre entrepreneur qui veut à son tour avoir la fourniture des matériaux, etc., dans ce cas, les héritiers de l'ouvrier, de l'architecte ou entrepreneur, n'ont pas d'indemnité à réclamer.

1040. Cette disposition excita quelques réclamations dans le sein des cours d'appel, lors de la communication du projet de Code civil à la magistrature; il est nécessaire de les connaître, parce qu'elles servent à mieux approfondir le sens de l'art. 1796.

La cour d'appel de Bourges, s'attachant au mot *utile* et le prenant dans son acception la plus générale et dans ses rapports les plus étendus, conçut des scrupules qu'elle exprimait de la manière suivante:

« Il résulterait de l'article 1796 que si le propriétaire avait conçu l'idée d'une construction bizarre, « folle, ruineuse, l'architecte venant à mourir quand « les travaux sont commencés, ses héritiers seraient « exposés à perdre, sous prétexte que l'ouvrage n'est « pas utile. Et qu'importe qu'il soit utile ou non, si « l'entrepreneur a suivi fidèlement le plan convenu!

« Il en est de même quant aux matériaux; s'ils « étaient tels que l'exige la construction à faire, l'ou« vrier en les préparant n'a fait qu'exécuter la con« vention.

« Ce n'est pas la faute de l'ouvrier s'il n'achève « pas; mais le contrat de louage embrassant et les « matériaux et la main-d'œuvre, il doit recevoir le « prix de ce qu'il a fourni.

« On propose de retirer ces mots: *dans le cas seu« lement*, jusqu'à la fin (10). »

Les mêmes idées avaient trouvé accès dans le sein de la cour d'appel d'Orléans. Elle voyait un ouvrier qui s'était mis en frais pour obéir à la convention; elle trouvait extraordinaire qu'il n'en fût pas toujours indemnisé et que le maître pût laisser au compte de sa succession les travaux commencés et les matériaux, sous le prétexte souvent frivole et presque toujours

(1) Pothier, nos 453, 455.
(2) M. Tronchet (Fenet, t. 14, p. 267). Locré, t. 7, p. 175, n° 22.
(3) M. Bérenger (id., p. 266). Locré, id.
(4) M. Réal (Fenet, *loc. cit.*). Locré, id.
(5) M. Treilhard (*loc. cit.*). Locré, id.
(6) M. Mouricault (id., p. 342). Locré, t. 7, p. 207, n° 19.
(7) M. Toullier, t. 6, n° 408. M. Duranton, *Louage*, n° 258. M. Zachariæ, t. 3, p. 47. M. Duvergier, t. 2, n° 377.
(8) M. Duranton, *Louage*, n° 258. *Junge* M. Toullier, t. 6, n° 409. M. Duvergier, t. 2, n° 378.
(9) *Louage*, n° 258.
(10) Fenet, t. 3, p. 360.

fécond en contestations, qu'ils ne lui sont pas utiles. Elle disait :

« Dans le cas de cet article, la résolution du mar-
« ché *est volontaire de la part du propriétaire*; il ne
« doit donc en résulter aucun tort pour les héritiers
« de l'entrepreneur; ce qui arriverait si le proprié-
« taire pouvait laisser à leur charge et risque, et sans
« les leur payer, les ouvrages déjà faits et les maté-
« riaux préparés, sous prétexte qu'ils ne peuvent lui
« être utiles; allégation dont la vérification donnerait
« lieu à des contestations (1). »

Ces observations, spécieuses peut-être, ne résistent pas cependant à un examen attentif.

1041. D'abord il n'est pas exact de dire que la résolution soit volontaire de la part du propriétaire. Nous avons montré ci-dessus qu'elle est absolue, réciproque (2), et commandée par la force des choses autant dans l'intérêt du maître que dans l'intérêt de la succession. Supposez que ce soit la succession qui résiste à la continuation des travaux sollicitée par le maître, que deviendront les objections de la cour d'Orléans?

Quant à la crainte des contestations, il ne faut pas qu'elle conduise à une injustice; il ne faut pas surtout que le législateur se persuade qu'il est en son pouvoir de trouver quelque secret magique d'en tarir la source parmi les hommes. On dispute sur les lois les plus claires en apparence; le plus mauvais moyen de combattre cette tendance, c'est de chercher à l'étouffer; le meilleur c'est de la calmer par des dispositions équitables.

Au fond, on dit que l'ouvrier doit toujours être indemnisé des matériaux, car il n'a fait qu'exécuter la convention en les préparant; je réponds : En se chargeant de cette fourniture, il a entendu faire un bénéfice. N'est-ce donc pas de son côté que doivent peser par compensation les événements de force majeure qui amènent des résultats fâcheux? Il était spéculateur; les chances bonnes et mauvaises le regardent.

Qu'importe que l'achat des matériaux se rattachât à l'exécution de la convention? Cette convention était intéressée de part et d'autre, et l'ouvrier a agi dans son propre intérêt. Il est vrai que si le maître en a profité, il doit une indemnité à la succession, et les matériaux resteront à son compte. Mais s'il n'en a pas profité, où serait la justice de l'en charger? pourquoi le forcer à en devenir acquéreur? pourquoi en débarrasser, par un moyen de contrainte si injuste, la succession qui en est propriétaire, et qui, en bonne règle, doit chercher à s'en défaire par les voies ordinaires? Comment! moi propriétaire, qui ai compté sur la prompte exécution de certains travaux, urgents pour moi, j'éprouve la contrariété de les voir ajournés; je suis obligé de me procurer un autre entrepreneur qui, profitant de ma position, m'impose des conditions plus onéreuses, qui me force à prendre ses matériaux à un prix très-élevé; et il faudra que j'en passe encore par la dure nécessité de payer aux héritiers de l'entrepreneur dont la mort me jette dans cet embarras, des matériaux inutiles et qui resteront sans emploi entre mes mains!

On ajoute que ce n'est pas la faute de l'ouvrier s'il n'achève pas; mais ce n'est pas non plus celle du propriétaire. Or, puisque la position est égale, ne rompez pas l'équilibre en violant dans la personne du maître les droits de la propriété.

1042. Enfin la cour de Bourges n'est pas dans le vrai quand elle donne au mot *utile*, employé dans l'art. 1796, le sens qui domine dans ses observations. Ce mot n'est pas destiné à faire contraste avec des travaux voluptuaires. Quand même les ouvrages commandés par le maître seraient de pur agrément, quand ils seraient l'effet d'une passion ruineuse pour le luxe, ils ne devraient pas moins rester à son compte, s'ils mettaient dans son patrimoine une valeur appréciable. L'entrepreneur n'est pas obligé de connaître les facultés de celui avec qui il traite; il ne sait pas s'il fait l'acte d'un prodigue ou la dépense de l'homme opulent, *qui lautiùs vivit*, en faisant construire de somptueux bâtiments; il donne son travail à celui qui le réclame, et il est clair qu'il doit en être indemnisé quand ce travail est tel qu'il a une valeur réelle. L'article 1796 n'a pas une autre pensée, et ce serait le fausser que de le prendre dans le sens que la cour d'appel de Bourges croyait apercevoir en lui.

1043. Il est une autre observation à faire sur la portée du mot *utile* : c'est que l'utilité doit être jugée par rapport à l'ouvrage convenu. Ainsi, les héritiers de l'ouvrier ne seraient pas recevables à alléguer que les travaux et les matériaux pourraient être utiles au maître, ailleurs que pour l'ouvrage qui est l'objet du contrat (5).

1044. Les articles 1795 et 1796 s'appliquent-ils au cas où l'ouvrier travaille sur sa chose?

Je ne le pense pas, et je ne suis pas touché de l'opinion contraire de M. Zachariæ (4). L'art. 1795 le déclare positivement; il n'est fait que pour le louage d'ouvrage. Il reste donc sans autorité sur un contrat que l'art. 1711 classe dans une autre catégorie que celle du louage. On sait que dans le projet du Code civil les articles 1795 et 1796 étaient dominés par un paragraphe de l'art. 1787, qui portait que la convention par laquelle l'ouvrier fournissait la matière est une vente. Or, il est bien clair que si ce paragraphe eût été maintenu, on n'aurait jamais eu l'idée d'appliquer à un cas positivement qualifié vente, en tête de cette section, l'art. 1795, qui ne parle que du cas de *louage d'ouvrage*. Il est arrivé que le paragraphe en question a été supprimé, parce qu'on a considéré qu'il était plutôt doctrinal que dispositif (5). Mais ce retranchement ne saurait ajouter aucune étendue à la portée primitive de l'art. 1795; car l'art. 1711 reste toujours là pour le renfermer dans ses limites. Le contrat dont nous parlons se gouvernera donc par ses propres règles. Il périra avec l'ouvrier si la confection de la chose future qui faisait l'objet de la vente requérait le talent personnel de l'ouvrier; il subsistera si elle peut avoir lieu par le travail d'un autre (6).

1045. Le louage d'ouvrage n'est pas dissous par la mort du maître; ses héritiers lui succèdent aux droits et actions qui résultent de ce contrat (7).

(1) Fenet, t. 5, p. 84.
(2) N° 1035.
(3) M. Delvincourt, t. 3, p. 218, notes; in-8°, t. 7, p. 279.
(4) T. 3, p. 46-47.
(5) *Supr.*, n° 965.
(6) *Supr.*, n° 1033, la distinction de Pothier.
(7) Pothier, n° 444.

Article 1797.

L'entrepreneur répond du fait des personnes qu'il emploie.

SOMMAIRE.

1046. La règle énoncée dans l'art. 1797 est un corollaire de l'art. 1384.

COMMENTAIRE.

1046. Cette règle, enseignée aussi par Pothier (1), n'a pas besoin d'explication (2); elle est de droit commun, et n'est qu'une application du principe général écrit dans l'art. 1384.

Article 1798.

Les maçons, charpentiers et autres ouvriers qui ont été employés à la construction d'un bâtiment ou d'autres ouvrages faits à l'entreprise, n'ont d'action contre celui pour lequel les ouvrages ont été faits que jusqu'à concurrence de ce dont il se trouve débiteur envers l'entrepreneur au moment où leur action est intentée.

SOMMAIRE.

1047. Exposé de l'art. 1798. Son fondement.
1048. Erreur de M. Delvincourt sur sa portée.
Il donne une action directe aux ouvriers.
1049. Motifs de cette action.
1050. Elle exclut l'action de l'entrepreneur.
1051. Des payements faits à l'entrepreneur avant l'action des ouvriers.
De la preuve de ces payements.
1052. Conditions pour que l'art. 1798 soit applicable. Il ne profiterait pas à un commis aux écritures employé par l'entrepreneur.

COMMENTAIRE.

1047. L'art. 1798 donne aux maçons, charpentiers et autres ouvriers employés à la construction d'un bâtiment ou d'autres ouvrages faits à l'entreprise, une action directe contre celui pour le compte duquel les travaux ont été faits; mais cette action est limitée aux sommes dont ce dernier se trouve débiteur envers l'entrepreneur au moment où leur action est intentée.

Quel est le fondement de cette action directe? pourquoi l'art. 1798 la donne-t-il aux ouvriers contre le propriétaire lorsque celui-ci n'a pas traité avec eux, lorsqu'ils n'ont stipulé qu'avec l'entrepreneur?

1048. M. Delvincourt a coupé court à la difficulté en soutenant que l'art. 1798 ne concède pas plus de droits aux ouvriers que l'art. 1166 du Code civil, qui permet aux créanciers d'exercer les droits de leur débiteur (3). Mais alors l'art. 1798 n'est qu'une mauvaise superfétation, une redondance stérile et vaine; et l'on ne peut pas supposer, pour l'honneur du législateur, qu'il se soit puérilement complu à recopier l'art. 1166. Il faut donc lui supposer une intention sérieuse et grave, et cette intention ne se trouve que dans le sens que nous attribuons à l'art. 1798. Une action directe appartient aux ouvriers de leur chef, *jure proprio* (4), à peu près comme l'action que l'art. 1753 donne directement au propriétaire bailleur contre les sous-locataires (5).

1049. Mais encore un coup, quel est le principe de cette action? Ne serait-ce pas que les ouvriers ont fait l'affaire du propriétaire, qu'ils ont amélioré sa chose, qu'ils l'ont rendu *locupletior*, et que dès lors une action directe provenant du *quasi*-contrat *negotiorum gestorum* doit se superposer à l'action ordinaire qu'ils ont contre l'entrepreneur en vertu du contrat?

1050. La conséquence de cette position est digne de considération: c'est que les ouvriers prennent ce que le propriétaire doit à l'entrepreneur comme leur dû, et qu'ils n'ont pas à le partager avec les créanciers de ce même entrepreneur.

En effet, dès l'instant que le propriétaire est saisi de la demande des ouvriers, il cesse d'être débiteur envers l'entrepreneur; il se libère valablement entre les mains des ouvriers, et l'entrepreneur voit sa créance éteinte et son rang pris par ceux dont le travail a servi de mobile à l'entreprise. Les ouvriers prennent sa place; c'est sur leur tête et non sur la sienne que repose désormais la créance. On a appelé *privilége* ce droit exclusif des ouvriers (6). Cette expression est impropre et jette du trouble dans l'esprit. Il n'y a de privilége véritable qu'entre les créanciers d'une même personne, alors que les uns l'emportent sur les autres par une certaine cause de préférence. Ici cette circon-

(1) N° 415.
(2) *Supr.*, n° 813.
(3) T. 3, notes, p. 217; in-8°, t. 7, p. 276.
(4) M. Duranton, *Louage*, n° 262. M. Duvergier, t. 2, n° 381. Douai, 30 mars et 13 avril 1833 (S., 33, 2, 536, 537. D., 34, 2, 72).
(5) *Supr.*, nos 128 et 538.
(6) M. Duvergier, t. 2, n° 138.

stance n'existe pas; l'entrepreneur n'est plus créancier du propriétaire; il ne concourt pas avec les ouvriers. Il ne lui est rien dû jusqu'à concurrence de ce qui est dû aux ouvriers, et ceux-ci sont seuls et uniques créanciers.

Il est vrai que le décret du 12 décembre 1806 appelle expressément *privilége* le droit qu'il reconnait aux sous-traitants sur les sommes qui peuvent être dues aux entrepreneurs par l'État. Mais sans vouloir critiquer la justesse de cette dénomination, sur le mérite de laquelle il y aurait beaucoup à dire, je me contente de remarquer qu'elle ne se trouve pas dans l'article 1798, ni dans aucun autre du Code civil, et que c'est surtout dans le Code que se trouve la langue exacte du droit.

1051. Mais tout ce que le propriétaire a payé à l'entrepreneur avant que les ouvriers n'intentent leur action, est bien payé. Il a vu dans l'entrepreneur son créancier légitime, et les payements faits de bonne foi doivent tenir.

Il n'est pas nécessaire que les payements soient constatés par un acte ayant date certaine. Il suffit que rien n'en fasse soupçonner la sincérité. On peut appliquer ici les règles que j'ai exposées sur les rapports des sous-locataires avec le locataire principal, et sur la valeur des quittances sous seing privé à l'égard du propriétaire (1).

1052. On remarquera au reste que l'art. 1798 ne pourra profiter aux ouvriers qu'autant qu'ils prouveront avoir été employés à la construction de l'édifice ou à la confection de l'ouvrage soumissionné.

J'ajoute que l'art. 1798 n'a été fait qu'en faveur de ceux dont le travail manuel a aidé à la construction ou à la confection de ce même ouvrage, et s'est ajouté et incorporé à la chose du maître; qu'ainsi, par ces expressions, *maçons, charpentiers, et autres ouvriers*, il exclut les commis aux écritures que l'entrepreneur avait avec lui pour l'aider dans la partie administrative de sa spéculation.

Article 1799.

Les maçons, charpentiers, serruriers et autres ouvriers qui font directement des marchés à prix fait sont astreints aux règles prescrites dans la présente section. Ils sont entrepreneurs dans la partie qu'ils traitent.

SOMMAIRE.

COMMENTAIRE.

1053. Cet article est dû à la cour de Lyon, et l'histoire de son origine explique en même temps son utilité; cette cour le proposa par amendement pour l'avantage des départements pauvres, où les choses se traitent moins en grand que dans les grandes villes, et où l'on voit peu d'entrepreneurs généraux et beaucoup d'entrepreneurs particuliers (2).

Ainsi donc, toutes les règles écrites dans cette section seront applicables à tous les ouvriers quelconques, maçons, charpentiers, serruriers et autres, qui font directement des ouvrages à prix fait (3); ils sont entrepreneurs dans la partie qu'ils traitent.

(1) Nos 327 et 543.
(2) Fenet, t. 4, p. 212.
(3) V. mon Comm. de la *Prescription*, n° 950.

CHAPITRE IV.

DU BAIL A CHEPTEL.

SECTION Ire.

DISPOSITIONS GÉNÉRALES.

Article 1800.

Le bail à cheptel est un contrat par lequel l'une des parties donne à l'autre un fonds de bétail pour le garder, le nourrir et le soigner, sous les conditions convenues entre elles.

SOMMAIRE.

1054. Origine du mot cheptel. Utilité du contrat de cheptel pour l'agriculture et le commerce. Manière de l'employer utilement.
1055. Difficulté de donner une définition précise du cheptel.
1056. Quels animaux en font la matière. Renvoi.
1057. Renvoi pour quelques restrictions à la liberté de contracter en matière de cheptel.
1058. Quels éléments divers entrent dans le contrat de cheptel.
Quel est celui qui domine ?
1059. 1° Dans le cheptel de fer, c'est le louage.
1060. 2° Dans le cheptel à moitié, c'est la société.
1061. 3° Il en est de même dans le cheptel simple.
1062. Suite. Discussion. Opinion conforme de Cujas et de Doneau.
1063. Opinion contraire de Pothier et de Coquille. Mais Coquille a varié : il est plus près de la société que du louage.
M. Mouricault a incliné pour le louage.
Réfutation de son opinion et de celle de Pothier, qui aurait pour résultat de transformer en louage toute société où une partie fournirait son travail.
Du reste, la société contenue dans le cheptel simple ne porte pas sur la propriété du troupeau, mais sur sa jouissance.

COMMENTAIRE.

1054. Le mot *cheptel*, qu'on écrivait autrefois *chetel* (1) et que l'on prononce encore aujourd'hui comme on l'écrivait alors, signifie proprement un fonds de bétail ; il vient du mot *capitale* (2) de la basse latinité, synonyme de meubles et spécialement de troupeau (3). Le bail à cheptel est ainsi nommé parce que les bestiaux qui le composent sont livrés au preneur, non en tant qu'individus indépendants les uns des autres, mais comme formant une agrégation, un troupeau, ayant une valeur en bloc, et formant un seul capital (4). On sait qu'en droit il y a une grande différence entre le cas où il s'agit de plusieurs animaux considérés *ut singuli*, et celui où il s'agit d'un certain nombre de bêtes prises comme corps destiné à se reproduire et avoir une existence indéfinie. Cette distinction, écrite dans les lois romaines (5), joue un grand rôle dans l'usufruit (6) et dans la matière des legs ; elle y produit constamment des conséquences remarquables. Ici, elle est fondamentale. Les anciennes coutumes appelaient le contrat qui va nous occuper *contrat de bestes prinses à chetel* (7), pour marquer que le preneur les possédait non pas *ut singula capita* (8), mais *ut universitas* (9) et à titre de capital estimé et devant être rendu en cette qualité. « Chaptel, dit Delaurière ; cette diction vient de l'achat et « *prix du bestail pour lequel il est mis en bail. Non à* « *grege vel capitali ut Molinœus existimat quod in* « *suo nomine restituendum sit.* » Je cite cette définition, non pas qu'elle me paraisse pleinement exacte, mais parce qu'elle rappelle celle de Dumoulin, qui est, à mon sens, la véritable. Cependant celle de Delaurière ne doit pas être non plus entièrement rejetée, parce qu'elle tient compte de l'estimation du bétail, qui est une circonstance dont nous verrons plus tard l'importance (10).

Le bail à cheptel a pour objet une des branches de l'industrie agricole, c'est-à-dire l'éducation de gros et menus bestiaux que le vieux Caton plaçait si haut dans l'économie rustique (11) et dont les progrès de la science moderne préconisent l'immense utilité. Conserver et multiplier les troupeaux, améliorer les races et les engrais, perfectionner la qualité des laines, uti-

(1) V. le tit. 17 de la cout. de Berry.
(2) Ou *Captale*, *catallum*, *caballum*.
(3) Ducange, v° *Capitale*. Merlin, Répert., v° *Cattel*.
(4) Delaurière, v° *Chaptel* et *Bail des bêtes à chaptel*.
(5) L. 70, § 3, D. *De usufr.*, inst., *De legat.*, § 18 ; l. 2, D. *De legat.*, 2°.
(6) Art. 615 et 616.
(7) V. Berry, *loc. cit.*, art. 7.
(8) L. 70, § 3, D. *De usufr.*
(9) Même loi.
(10) *Infr.*, n° 1076, 1139.
(11) Cicér., *De senectute*, n° 58, et *officior.*, lib. 2, n° 89.

liser les profits des laitages, tels sont les intérêts qui se rattachent à ce contrat (1) aussi utile aux grands propriétaires qu'à la classe peu aisée des campagnes, aussi précieux pour l'agriculture que pour les manufactures et le commerce. Il est surtout usité dans les contrées où l'usage de la vaine pâture met à la disposition du pauvre des moyens de dépaissance, ou bien dans celles où s'étendent de vastes communaux. Les pays gouvernés par le système des métairies l'emploient pour seconder l'exploitation du sol par l'exploitation des troupeaux attachés aux domaines et destinés à les engraisser. Il est également pratiqué dans le même but dans les provinces où les fermiers n'étant pas assez riches pour pourvoir la ferme du bétail nécessaire à son engrais, c'est le propriétaire qui fournit le cheptel et l'attache au sol comme une de ses parties qui ne doit pas périr.

Le cheptel était connu des Romains. « *Si pascenda* « *pecora partiaria* (*id est ut fœtus eorum portionibus* « *quibus placuit inter dominum et pastorem dividen-* « *tur*), *Apollinarem suscepisse probabatur, fidem* « *pecto præstare per judicem compelletur.* » Tel est le langage de la loi 8 au C. *de pactis.* Ulpien en parle aussi dans la loi 13, § 1, D. *prescript. verbis,* et dans la loi 52, § 2, D. *pro soc.*

Les coutumes de Berry et de Nivernais l'avaient traité plus amplement que les autres coutumes (2) parce que ces contrées sont très-favorables à la nourriture des bestiaux, et que le cheptel avait contribué à en faire le principal *négoce, trafic et richesse* (3).

Mais toutes les manières de mettre le cheptel en pratique ne sont pas également propres à en tirer de grands résultats. Lorsqu'il est uni à un bail de ferme ou de métairie (4), les éléments de production qu'il développe sur le fonds rendent la tâche de l'agriculteur plus facile et plus fructueuse, et ajoutent à son aisance aussi bien qu'à l'amélioration des races. En effet, le preneur trouve dans le domaine les pâturages, la nourriture, les étables; il n'a point de frais à faire pour l'entretien des bêtes et pour leur logement. Il recueille sans dépenser, et tout l'encourage à prodiguer les soins qui améliorent, au troupeau dont l'utile attache fertilise son sillon. Mais ces succès sont plus incertains quand le troupeau est confié à des mains étrangères. Le preneur, chargé de le nourrir et de le loger à ses propres dépens, est plus disposé à lui donner avec parcimonie la nourriture dont il a besoin pour prospérer; il se contente, autant que possible, du vain pâturage, des paquis communaux, où une herbe rare ne satisfait pas avec abondance à la consommation des bêtes; tout occupé d'économiser la pâture qui coûte beaucoup à ses faibles moyens, il sacrifie l'avenir au présent; il tarit les sources d'amélioration et administre sans aucune vue de progrès. Aussi le preneur étranger est-il en général pauvre ou gêné, vivant au jour le jour, dans une industrie qu'il rapetisse, faute des avances ou des capitaux qui donnent l'essor à toute spéculation.

1055. Le contrat de cheptel est assez difficile à resserrer dans une définition générale complète. Notre article dit, avec un défaut de précision affecté, que c'est un contrat par lequel l'une des parties (le bailleur) donne à l'autre (le preneur, le cheptelier) un fonds de bétail, pour le garder, le nourrir et le soigner pendant un certain temps et sous certaines conditions. Très-souvent les profits de laines, croîts, améliorations des bêtes sont communs par moitié, entre les parties contractantes, et le premier prend exclusivement les profits de laitages, fumiers, labeurs et travaux des animaux (5). Néanmoins ces conditions ne sont pas de l'essence du cheptel; il y a même une espèce de cheptel qui les repousse entièrement, s'il n'y a convention contraire (6). C'est pourquoi le Code n'a pas pu adopter dans l'art. 1800 une définition exempte d'un certain vague, et peut-être aurait-il mieux fait de n'en pas donner du tout, sauf à préciser, dans chacune des sections qui suivront, les effets divers qui caractérisent les trois espèces de cheptel dont il s'occupe.

Bien entendu, du reste, que le cheptel est un contrat intéressé de part et d'autre, et qu'il a pour but de procurer à chacune des parties un bénéfice dont le fonds de bétail est la source. Mais ce bénéfice est si différent, suivant les espèces de cheptel, ses variétés influent tellement sur les variétés de ce contrat, qu'il était impossible d'en déterminer l'élément dans une définition générale.

Voyez en effet l'embarras du législateur: il se trouvait en présence de trois espèces de cheptel dont l'article 1801 nous donnera le détail; savoir, le cheptel simple, le cheptel à moitié, le cheptel de fer. Dans le cheptel simple et à moitié, les bénéfices se partagent en nature, sauf les laitages, fumiers et labeurs, qui appartiennent au preneur. Dans le cheptel de fer, au contraire, tous les produits en nature du fonds de bétail sont pour le preneur, et le propriétaire retire son bénéfice par un prix en argent qui fait partie du prix de ferme. D'où il suit qu'entre ce dernier cheptel et les autres, il y a toute la distance du bail à ferme au bail à métairie. Comment, dès lors, réunir dans une même définition deux variétés si dissemblables, tout en restant fidèle aux lois de l'exactitude? Je le répète donc, il ne fallait pas tenter une définition avec la certitude de ne pouvoir la donner entière. C'était entreprendre pour échouer. Le mieux eût été de s'abstenir.

M. Duvergier a cru qu'on aurait pu éviter le reproche d'imperfection en ajoutant à l'art. 1800 une phrase donnant à entendre que le cheptel a pour but *de partager les bénéfices* produits par les animaux (7). Mais c'eût été, à mon sens, mériter le reproche d'Horace: « *Incidit in Scyllam qui vult vitare Charybdim.* » En effet, dans le cheptel de fer, il n'y a pas de partage des bénéfices. L'avantage que le propriétaire retire du contrat ne lui arrive pas par voie de partage; il ne fait que recevoir un prix à forfait, et tous les bénéfices produits en nature par la chose appartiennent sans partage au fermier.

1056. Nous verrons au surplus, par l'art. 1802, que les seuls animaux qui peuvent faire partie d'un cheptel sont ceux qui sont susceptibles de donner des croîts ou profits utiles pour l'agriculture et le commerce. Mais nous devons rappeler ici ce que nous avons dit en commençant, savoir, que ces animaux doivent être donnés à titre d'universalité destinée à avoir une existence indéfinie; qu'ils doivent former *un fonds,* comme dit notre article, et ne pas consister en individus indépendants les uns des au-

(1) M. Jaubert. orat. du tribunat (Fenet, t. 14, p. 367). Locré, t. 7, p. 214, n° 13.

(2) V. aussi Bourbonnais, t. 35. Bretagne, art. 236 et 421. Sole, t. 21. Labour, t. 8. Bergerac, art. 114.

(3) La Thaumassière, *sur Berry*, t. 17, *Préface.*

(4) Art. 1821 et 1827.

(5) Art. 1811 et 1819 C. C.

(6) Art. 1823.

(7) T. 2, n° 386.

tres, et considérés *ut singuli* (1). Ce point est capital (2).

1057. Nous verrons aussi par les art. 1811, 1819 et 1828 que, quelle que soit la liberté de convention que notre article accorde aux parties pour régler les bases du cheptel, il y en a quelques-unes cependant que la sagesse du législateur a dû prohiber d'avance.

1058. Outre les combinaisons diverses qui président à la création conventionnelle du cheptel, il est utile de considérer les nombreux éléments qui se réunissent dans sa nature. Il participe du bail à ferme en ce que le preneur reçoit des choses qui produisent des fruits naturels.

Il participe du louage d'ouvrage parce qu'il a en partie pour objet les soins réels que le preneur est tenu de donner à la chose.

Il participe des contrats aléatoires en ce que, dans le cheptel simple, le bailleur se décharge sur le cheptelier d'une partie du risque de la chose, moyennant l'abandon qu'il lui fait d'une moitié dans les croîts, laines et profits (3).

Enfin, il participe du contrat de société par le partage des bénéfices qui a lieu dans le cheptel simple et le cheptel à moitié, et l'on peut même dire qu'il devient un vrai contrat de société quand le troupeau est fourni moitié par le bailleur, moitié par le preneur.

C'est par ces divers motifs que les rédacteurs du Code civil ont fait du bail à cheptel l'objet d'un chapitre à part (4). Ils ont même paru comprendre que le cheptel ne pouvait entrer dans le contrat de louage que *dans un sens très-étendu*. C'est ce que déclarait l'art. 4 du projet primitif du Code civil (5). Mais ces expressions n'ont pas été reproduites dans la rédaction définitive, parce que, dans un puritanisme exagéré, on les a considérées comme inutiles et trop vagues dans le langage de la loi, qui doit toujours être, autant que possible, dispositif et impératif.

Mais puisque le législateur a abandonné cette controverse à la doctrine, demandons-nous quel est, entre les éléments complexes qui se rencontrent dans le cheptel, celui qui reste dominant.

Il faut distinguer.

1059. Dans le cheptel de fer, le doute n'est pas permis; la société n'y joue aucun rôle; il n'y a pas de partage des produits, pas même de partage des risques; l'élément du louage y règne presque exclusivement.

1060. Dans le cheptel à moitié, il n'y a pas à hésiter davantage; mais dans un autre sens, l'élément du louage est effacé par l'élément social. C'est une vraie société (6); l'art. 1818 le déclare formellement, et c'est aussi ce que décidait Ulpien dans les lois 13, § 1, D. *præscriptis verbis*, et 52, § 2, D. *pro socio*, qui doivent s'entendre, à mon avis, d'un cheptel à moitié, c'est-à-dire d'un bail qui mettait en commun la propriété du troupeau. Comme elles n'ont pas toujours été interprétées en ce sens, je crois utile de les rappeler ici, afin qu'on sache bien dans quel cas elles se renferment. Du reste, ce que j'en dis ici est une preuve de mon impartialité; car il serait de l'intérêt de la thèse que je soutiens au n° 1062, qu'elles fussent relatives au cheptel simple. Mais comme je crois que leur pensée est autre, je ne veux pas me prévaloir d'une erreur pour arriver à un résultat vrai.

« Sed si puerum docendum, *vel pecus pascendum* « *tibi dedero*, vel puerum nutriendum, itâ ut post « certos annos væniisset, PRETIUM INTER NOS COMMUNICARETUR..., competet igitur pro socio actio (7). » On voit que les parties étaient convenues que le prix provenant de la vente du troupeau serait mis en commun.

L'autre loi est ainsi conçue: « Si in *coeundâ* SOCIETATE artem operamve pollicitus est alter, veluti *cum* « *pecus*, IN COMMUNE, *pascendum*, aut agrum politori « damus in commune quærendis fructibus, nimirum « etiam culpa præstanda est. Pretium enim operæ, « artis, est velamentum (8). »

Ulpien suppose qu'une partie a donné un troupeau, et que l'autre a fourni son industrie, et que le troupeau a été mis en commun.

L'on voit, du reste, qu'il y a société au jugement unanime des auteurs et des lois, quoique l'une des parties fasse un travail dont elle veut se procurer le prix; circonstance qui caractérise ordinairement le louage d'ouvrage. Ici, cet élément change d'aspect; l'élément social qui s'unit à lui le transforme et le rattache au contrat de société.

1061. En est-il de même dans le cheptel simple? Pothier faisait une distinction. A l'aide d'une fiction dont nous parlerons plus bas (9), il supposait dans le cheptel simple la possibilité que le premier fût associé à la propriété du troupeau; et dans ce cas, il n'hésitait pas à qualifier de société le cheptel simple (10). Nous verrons, quand il en sera temps, que cette fiction n'est plus admissible sous le Code civil, qui ne connaît de cheptel simple que celui qui laisse la propriété sur la tête du bailleur (11).

1062. Venons donc à ce dernier cas qui formait le second membre de la distinction de Pothier. Que doit-on décider lorsque le cheptel simple n'a pour but que de mettre les profits en commun, et que la propriété du fonds de bétail reste en entier au bailleur?

Cujas voyait là une société.

« Si quis accepit pascenda pecora eâ lege ut fœtus « inter eum et dominum dividetur ex l. *pascenda C.* « *de pactis*; in eâ specie, si dominium pecoris trans- « latum non sit, videtur contracta societas, nisi « appareat contrarium (12). »

Et Doneau était du même avis (13).

1063. Pothier au contraire (14), d'après Coquille (15), tenait ce contrat pour un contrat innommé, participant plutôt du bail que de la société. Mais Coquille n'a pas toujours été d'accord avec lui-même sur ce point. Dans son commentaire de la coutume de Nivernais, il penche pour le bail; au contraire, dans ses Questions, il incline pour la société! J'y lis en effet (16): « Quand le bétail n'est pas commun mais seulement « le croît et le profit, *quant au cheptel* EST CONTRACTUS INNOMINATUS; et QUANT AU CROIT ET PROFIT, C'EST « SOCIETE; » et il cite Salicet (17) et Cornaux; et ailleurs: « *Or, puisque ce contrat est de société* (18), etc. »

Quoi qu'il en soit, c'est au contraire sous le point

(1) *Supr.*, n° 1054.
(2) *Infr.*, n° 1570.
(3) *Infr.*, n° 1097.
(4) Mouricault (Fenet, t. 14, p. 343). Locré, t. 7, p. 206, n° 20.
(5) *Supr.*, n° 66, note 2.
(6) Pothier, n° 56. *Infr.*, n° 1196.
(7) L. 13, § 1, D. *Præscript. verb.*
(8) L. 52, § 2, D. *Pro socio.*
(9) N° 1075.
(10) Nos 2 et 3.
(11) *Infr.*, n° 1075.
(12) Sur la loi 13, D. *Præscript. verb.*
(13) Sur la loi 8, C. *De pactis.*
(14) N° 4.
(15) Sur l'art. 4, t. 21 de la cout. de Nivernais.
(16) Quest. 85.
(17) Sur la loi 8, C. *De pactis.*
(18) Quest. 85 *bis*. V. aussi quest. 86.

de vue d'un louage que M. Mouricault envisageait le cheptel.

« Quelques auteurs considèrent ce contrat comme « un contrat de société. Mais il est évident que l'as- « sociation n'est ici qu'un contrat secondaire ; que le « contrat principal est un bail, celui par lequel le « preneur promet et se fait payer ses soins ; que le « troupeau n'entre pas dans la société, que le bail- « leur en reste propriétaire ; qu'enfin l'association au « profit et à la perte n'est qu'un supplément au prix « du bail (1). »

Mais quoi qu'en dise l'organe du tribunat, il n'est nullement évident pour moi que l'association soit l'élément secondaire, et le bail le contrat principal. Les raisons qu'il en donne, quoique empruntées à Pothier, ne me semblent pas du tout convaincantes, et je préfère me ranger au sentiment de Cujas et de Doneau (2).

D'abord je n'admets pas qu'il y ait de la part du propriétaire bail d'une chose, d'un troupeau. Le prix du bail ne peut pas consister en un accessoire incertain de la chose même; *partibus rei*, comme disait Cujas (3) ; c'est ce que j'ai prouvé ci-dessus en m'occupant de la qualification qui appartient au colon partiaire (4).

Y a-t-il louage d'ouvrage? Sans doute, le preneur donne son travail, ses soins! Mais c'est précisément là un des motifs qui me disent qu'il y a société; car ce travail et ces soins sont sa mise sociale. Tel est le cas de l'art. 1833 du C. C., qui considère l'industrie comme pouvant constituer un apport. Ulpien avait exprimé la même idée, lorsqu'il disait : *Si in* COEUNDA SOCIETATE *artem operamve pollicitus est alter* (5). Sinon il faudra dire que toute société où l'un des associés n'apporte que son travail sera un louage d'ouvrage ; et l'art. 1833 se trouvera effacé !

J'avoue que le preneur veut se procurer la récompense de son industrie, le prix de ses soins. Mais qu'importe, si pour y parvenir il prend la voie de la société (6)! N'est-ce pas ce qui arrive toujours dans le cas d'une association, ou l'un porte ses capitaux et l'autre son travail? Ce dernier n'entend-il pas *promettre et se faire payer de ses soins?* N'est ce pas aussi l'intention du cheptelier dans le cheptel à moitié et dans le cheptel simple, avec avance au preneur, de sa part dans le fonds de bétail (7)? Et cependant, efface-t-on l'élément social au profit de l'élément du louage? Dès lors, comment ne pas voir que tout aboutit, dans le principe et dans la fin de l'espèce de cheptel en question, à une société? La jouissance du troupeau n'est-elle pas commune? Les profits et pertes ne sont-ils pas partagés par moitié? N'est-ce pas par voie de partage que les parties liquident leurs comptes, soit pendant la durée de l'association (8) soit au moment où ils se séparent définitivement (9)? Quelles circonstances peut-on trouver de plus caractéristiques de la société, et n'est-ce pas là ce qui domine la position?

M. Mouricault objecte que la propriété du troupeau n'est pas mise en commun. Je l'accorde. Mais depuis quand est-il rigoureusement nécessaire que la société devienne propriétaire de la chose? Depuis quand est-il défendu de mettre en société la simple jouissance d'une chose (10)?

M. Mouricault veut ensuite transformer en supplément de prix de bail, l'association aux profits et pertes. Pothier l'avait dit avant lui (11) ; mais ce n'était qu'un tour de force pour échapper à l'influence de l'élément d'association ; ce n'était qu'un moyen adroit imaginé par un esprit ingénieux pour se tirer d'un mauvais pas. Était-ce bien d'ailleurs son dernier mot? Si pour le besoin de sa solution, il nous dit ici que cette attribution a pour but d'intéresser davantage le preneur à apporter tous ses soins au cheptel, il nous enseigne ailleurs qu'elle est le prix du risque dont le propriétaire se décharge sur le cheptelier (12). Ainsi le partage des laines et du croît est, entre les mains de Pothier, un je ne sais quoi qui change de rôle à plaisir et qui se prête à toutes les explications. Combien n'est-il pas plus simple, plus rationnel, plus conforme à l'évidence de placer la base de la convention dans l'association aux profits et pertes, et de considérer l'attribution exclusive au preneur, des laitages, fumier et ouvrages des animaux, comme un supplément de part pour la récompense de son travail et de ses dépsnses (13) !

Article 1801.

Il y a plusieurs sortes de cheptel.
Le cheptel simple ou ordinaire,
Le cheptel à moitié,
Le cheptel donné au fermier ou au colon partiaire.
Il y a encore une quatrième espèce de contrat improprement appelée *cheptel*.

SOMMAIRE.

---

(1) Fenet, t. 14, p. 344. Locré, t. 7, p. 208, n° 21.

(2) M. Duranton est pour la société (*Louage*, n° 265). M. Duvergier pour le louage (t. 2, n° 387).

(3) *Supr.*, n° 639.

(4) *Loc. cit.*

(5) L. 52, § 2, D. *Pro socio.*

(6) C'est ce que j'ai dit *supr.* du colon partiaire, n° 640.

(7) V. *suprà*, n° 1061, ce que je dis de cette variété du cheptel simple admise dans l'ancien droit, et dans laquelle Pothier voyait une société.

(8) Pour les laines, par exemple. *Infr.*, n°s 1164 et suiv.

(9) *Infr.*, n°s 1170, 1172, etc. V. art. 1817.

(10) Art. 1851 C. C. *Supr.*, n° 641.

(11) N° 4.

(12) N°s 10 et 19. *Supr.*, n° 1058.

(13) *Infr.*, n° 1560. Preuve qu'il n'y a pas de cheptel simple sans association.

COMMENTAIRE.

1064. Il y a trois espèces principales de cheptel.
Le cheptel simple ou ordinaire.
Le cheptel à moitié.
Le cheptel donné au fermier et aussi appelé cheptel de fer, et le cheptel donné au colon partiaire.

Ces trois sortes de cheptel formeront la matière des trois sections qui vont suivre.

Une dernière section sera consacrée à un contrat qu'on appelle improprement cheptel, et qui n'est, à bien dire, qu'un louage d'ouvrage.

1065. La division tripartite du cheptel est très-ancienne; elle est enseignée par la Thaumassière dans sa préface sur le tit. 17 de la coutume de Berry. Elle repose sur de vieux usages consacrés par les coutumes ou constatés par les commentateurs. Les coutumes de Berry et de Nivernais traitent du cheptel simple et du cheptel à moitié (1). Beaumanoir, le vieux rédacteur des coutumes de Beauvoisis, parle du cheptel de fer, des *bestes de fer*, ainsi appelées, dit-il, *parce qu'elles ne peuvent mourir à leur seigneur* (2).

Nous verrons les caractères distinctifs de ces trois espèces du même genre, dans le commentaire de chacun des articles classés sous les sections qui vont suivre.

La section II, consacrée au cheptel simple, nous montrera le troupeau confié à des mains étrangères. Nous verrons l'espèce de société qui se forme entre le bailleur, qui met en commun la jouissance du troupeau, et le cheptelier qui fournit la nourriture, l'hébergement et ses soins; la part de chacun dans les fruits, les profits et les pertes occasionnés par force majeure; les précautions de la loi pour protéger contre les exigences du bailleur, le preneur qui est ordinairement le plus pauvre et le plus faible; les règles principales qui doivent diriger le preneur dans son administration; les droits des créanciers du bailleur et du preneur sur le fonds de bétail; les événements qui mettent fin à la société; enfin les règles qui président au partage de l'actif et du passif.

La troisième section nous conduira au cheptel à moitié dans lequel le preneur contribue pour une plus forte part que dans le cheptel simple aux moyens qui font vivre l'association; puisque, outre le travail, les soins et l'entretien du bétail, il fournit la moitié du capital. Ici le cheptel est encore considéré comme séparé de toute exploitation rurale appartenant au bailleur. C'est le preneur qui nourrit et loge le troupeau à ses frais et à ses risques. Néanmoins la loi prévoit un moment le cas où le cheptel à moitié est uni à la ferme ou à la métairie du bailleur, et elle tire de cette position particulière des conséquences exceptionnelles et spéciales (art. 1819). Nous verrons du reste que le cheptel est rarement fait à moitié, lorsque les parties nouent leurs relations. Elles commencent presque toujours par le cheptel simple; mais les efforts du preneur peuvent finir par convertir la société en cheptel à moitié. C'est un progrès qui atteste sa bonne administration et qui prouve que ses soins n'ont pas été infructueux pour lui.

La quatrième et la cinquième section nous montreront d'autres combinaisons; un champ plus étendu s'ouvre à l'industrie cheptelière. Ce n'est plus un pauvre pasteur qui doit fournir au troupeau la nourriture et le logement; le propriétaire se charge de pourvoir à ses besoins avec les moyens plus larges que lui donnent sa terre et son aisance. Le troupeau est attaché au sol, le fermier et le métayer l'exploitent par le même régime qui préside à l'exploitation de la ferme et de la métairie. Le fermier acquiert, moyennant son fermage, le monopole de la jouissance et tous les profits engendrés soit par la nature, soit par son industrie; mais aussi le propriétaire se décharge sur lui de tous les risques, et lui donne les bêtes comme si elles étaient de fer, car elles ne peuvent mourir à leur seigneur. C'est pour le fermier une raison de plus de les préserver de tout accident et de toute maladie, en multipliant ses soins et en développant toute l'activité et toute l'intelligence qui font progresser l'industrie pastorale. Quant au métayer, il n'a à courir ni autant de chances de profit, ni autant de chances de perte. La crainte de la mauvaise fortune qui effraye ses faibles moyens pécuniaires l'oblige à se donner, pour le cas de sinistre, un associé qui prend aussi sa part dans le cas de succès. Il est donc partiaire dans le troupeau comme dans la métairie; mais les pacages qu'il trouve sur le domaine, les fourrages qu'il peut y créer, lui donnent des secours faciles pour procurer abondamment au troupeau des moyens de subsistance et d'amélioration.

Enfin la cinquième section nous entretiendra d'un contrat usité dans quelques parties de l'Orléanais et révélé par Pothier aux rédacteurs du Code civil. C'est un louage d'industrie adapté, sans mélange habituel d'association, à l'entretien et à la fécondation des bêtes bovines. On ne l'appelle cheptel que dans un sens impropre.

Tel est le plan de ce chapitre. Avant d'en exposer les détails, le législateur s'arrête dans les art. 1802 et 1803, pour formuler deux dispositions générales qui s'appliquent aux quatre sections qui vont suivre.

ARTICLE 1802.

On peut donner à cheptel toute espèce d'animaux susceptibles de croît ou de profit pour l'agriculture ou le commerce.

SOMMAIRE.

1066. Le bail à cheptel ne s'applique qu'aux animaux utiles pour l'agriculture et le commerce.
1067. On doutait autrefois de la légalité du cheptel de porcs. Le C. C. le permet.
1068. Il n'a pas lieu pour les volatiles domestiques. Il ne peut avoir pour objet les animaux des ménageries.

(1) Pothier, nos 16 et 56, en a fait l'observation.

(2) Ch. 56.

COMMENTAIRE.

1066. Comme je l'ai dit au n° 1054, le bail à cheptel a pour objet de procurer à l'agriculture et au commerce des produits utiles. Il suit de là qu'il ne s'applique qu'aux animaux dont le croît ou les autres fruits sont une branche de spéculation et de profit pour l'art agricole, pour le commerce. Telles sont les bêtes à laine, les chèvres, les bêtes aumailles (1), c'est-à-dire les bœufs, les vaches, chevaux et juments.

1067. Dans l'ancienne jurisprudence on réprouvait comme illicite le cheptel simple de porcs, parce que, dit la Thaumassière, « Cette sorte de bestiaux se « nourrit avec plus de frais que les autres et produit « et multiplie beaucoup plus; en sorte que le bailleur « ferait un gain excessif et le preneur serait sur- « chargé (2) » et il rapporte une sentence du présidial de Bourges qui l'avait ainsi décidé : il ajoute cependant que si le bailleur fournissait une partie considérable de la nourriture, le preneur pourrait être licitement chargé pour moitié du risque de la perte par cas fortuit, parce qu'alors le preneur n'ayant plus à fournir qu'une part de la nourriture, la moitié des croîts pourrait être suffisante pour l'indemniser tant de cette part de la nourriture que du risque dont on le charge.

Mais le cheptel simple de porcs devait être exécuté lorsqu'il était compris dans un bail à métairie ; car la charge dont le colon était grevé par l'obligation de supporter la perte pour moitié du capital, était censée faire partie du prix de ferme qui, sans cela, aurait pu être porté plus haut (3).

Ces distinctions aussi admises par Pothier (4) s'effacent devant la règle posée par notre article, qui autorise le cheptel de *toute espèce d'animaux* susceptibles de croît ou de profit pour l'agriculture ou le commerce. Cet article est général; le cheptel qu'il autorise en termes si absolus, n'est pas seulement l'un des trois dont il a fait l'énumération dans l'article précédent, et par exemple le cheptel de fer; il les embrasse tous dans son étendue, sans aucune distinction; on peut trouver une nouvelle preuve de cette vérité dans l'article suivant qui, se rattachant comme notre texte, à l'article 1801, se sert de ces mots : *ces contrats;* ce qui indique bien clairement que ce sont aussi ces mêmes contrats sans exception qui sont présents à sa pensée dans notre article; il suit de là que le Code civil ne voit rien d'usuraire et d'illicite dans le cheptel simple de porcs, et que ce contrat peut être pratiqué tout aussi bien que celui des bêtes à laine et des aumailles (5).

1068. Du reste, le cheptel ne paraît pas avoir jamais été pratiqué pour les volatiles domestiques, quoiqu'il s'en fasse dans certaines provinces un commerce très-lucratif; c'est probablement parce que le capital que représente un troupeau de ces volatiles n'est pas assez considérable pour dépasser les facultés de ceux qui veulent les élever; quand il s'en trouve d'attachés à une ferme, comme des pigeons de colombier (6), le fermier en jouit suivant les règles qui président à la jouissance des autres parties de la ferme et sous la foi du bon père de famille qui doit maintenir la chose en bon état.

Quant aux animaux qui ne sont destinés qu'à offrir des spectacles en public, comme les animaux des ménageries, ils ne peuvent faire le sujet d'un contrat de cheptel ; ils ne sont pas utiles à l'agriculture : ils ne profitent pas au commerce dans le sens de l'article 1802; car l'industrie qui s'en sert pour spéculer sur la curiosité du public, n'est pas ce commerce producteur qui enrichit la nation et dont cet article entend parler. On peut sans doute les mettre en société ordinaire, mais pas en bail à cheptel (7).

ARTICLE 1803.

A défaut de conventions particulières, ces contrats se règlent par les principes qui suivent.

SOMMAIRE.

1069. Quelle part a la liberté des conventions dans le cheptel. Quelles limites elle rencontre.

1070. Le cheptel n'est assujetti à aucune forme sacramentelle.

COMMENTAIRE.

1069. Notre article reconnaît la puissance des volontés individuelles pour fixer la position des parties dans les diverses espèces de contrats de cheptel; déjà l'art. 1800, en donnant la définition du cheptel, avait fait la juste part que réclame la liberté des conventions; il y a certains pactes que la loi ne pouvait tolérer parce qu'ils ont un caractère d'injustice et d'usure. Nous en parlerons aux articles 1811, 1819 et 1828. Il fallait aussi prévoir le cas où les parties ne seraient pas entrées dans le détail de leurs conventions; la loi ne devait pas rester muette et laisser le juge sans direction; c'est pourquoi les articles qui suivent vont faire connaître les principes qui règlent le cheptel à défaut de conventions particulières (8).

(1) *Manualia.* V. Ducange à ce mot.

(2) Sur Berry, t. 17.

(3) La Thaumassière, *loc. cit.*

(4) Nos 22, 23.

(5) M. Delvincourt, t. 3, notes, p. 205; in-8°, t. 7, p. 250. M. Duranton, *Louage*, n° 268. M. Duvergier, t. 2, n° 388.

(6) Art. 524 C. C.

(7) Arg. de l'art. 1811, qui règle les profits de *lait, laines, fumiers.*

(8) V. *infr.*, l'utilité de cette disposition, nos 1111 et 1130.

1070. Du reste le bail à cheptel et les conventions particulières que la loi autorise, ne sont assujettis à aucune formalité spéciale. Ils peuvent être faits par acte public, par acte sous seing privé, même verbalement (1). La preuve en est gouvernée par les règles ordinaires des contrats. J'ajoute que quand le cheptel fait partie d'un bail à ferme et qu'il est contesté, on se règle surtout par les notions que nous avons développées aux n°s 117, 118 et suivants.

SECTION II.

DU CHEPTEL SIMPLE.

ARTICLE 1804.

Le bail à cheptel simple est un contrat par lequel on donne à un autre des bestiaux à garder, nourrir et soigner, à condition que le preneur profitera de la moitié du croît et qu'il supportera la moitié de la perte.

SOMMAIRE.

COMMENTAIRE.

1071. Le cheptel simple ou ordinaire est la première variété du contrat de cheptel. Le preneur est chargé de garder, de nourrir, de soigner les bestiaux dont la propriété reste au bailleur. Il profite de la moitié du croît et des laines (2); les laitages, les fumiers, le travail des animaux sont exclusivement pour lui (3). Mais il supporte la moitié de la perte partielle du fonds de bétail, à moins de convention contraire(4). Tel est le tableau raccourci de la position respective des parties.

L'art. 1804 aurait pu facilement en donner un aperçu net et complet, mais sa rédaction laisse beaucoup à désirer. Il ne dit rien de la propriété du fonds de bétail: ce n'est que par voie de conséquence que l'article suivant décide qu'elle n'est pas transportée au preneur. Puis quand l'art. 1804 s'occupe des profits du preneur, il ne parle que de la moitié du croît; il faut descendre jusqu'à l'art. 1811 pour savoir que le cheptelier a également part dans la laine. Enfin, l'art. 1804 garde aussi le silence sur les laitages, fumiers et labeurs des animaux. On n'apprend que ces profits sont le lot du preneur que par ce même article 1811, où ces dispositions trouvent une place d'autant plus équivoque que le texte avait un but particulier à remplir, un objet qui devait suffire, à savoir, de détailler les conventions que la loi reprouve comme illicites (5).

1072. Nous venons de voir que l'obligation de faire, imposée au cheptelier, se résume par les trois mots de l'art. 1804 répétés de l'art. 1800: *garder, nourrir, soigner le bétail*. Les deux derniers ont une portée spéciale sur laquelle il faut se faire des idées d'autant plus exactes, qu'elle n'est pas la même dans toutes les sortes de cheptel.

Plaçons-nous, en effet, au point de vue du législateur lorsqu'il a formulé la section II. Qu'a-t-il eu sous les yeux? Un cheptel placé ailleurs que dans la ferme ou métairie du propriétaire; un cheptel donné à un laboureur ou à un pasteur étrangers (6). Or, un tel preneur est chargé de pourvoir à ses risques et périls, soit à l'aide des pâtures communales, soit même à ses dépens, s'il y a lieu, à la nourriture du troupeau; c'est lui qui doit les approvisionner de tous les fourrages nécessaires pour entretenir ou augmenter leur graisse et favoriser la bonne qualité des toisons.

Il n'en est pas de même dans le cheptel donné au fermier ou au colon partiaire, puisque le bailleur donne les terres destinées à fournir les herbes, foins, pailles, consommés par les bestiaux (7).

De plus, le cheptelier étranger, tenu de *soigner* le fonds de bétail, doit par conséquent l'approvisionner de litière et même le loger, si le climat ou tout autre besoin l'exige. Au contraire, dans le cheptel donné au fermier ou au métayer, les litières se prennent sur les pailles de la ferme ou de la métairie, et le preneur y trouve les étables voulues pour l'hébergement (8).

1073. Notre article nous a montré le cheptelier supportant sa part de la perte. Nous verrons plus bas, par l'art. 1810, qu'il y a à cet égard une distinction importante à faire entre la perte totale et la perte partielle du fonds de bétail, et que le preneur, exempt de toute contribution pour la perte totale, participe pour moitié à la perte partielle.

(1) Pothier, n° 6. M. Mouricault (Fenet, t. 14, p. 344). Locré, t. 7, p. 208, n° 21.
(2) Art. 1811.
(3) Id.
(4) *Infr.*, n° 1130.
(5) V. cependant *infr.*, n° 1114, ce qu'on peut dire pour l'excuser.
(6) *Supr.*, n°s 1054 et 1065.
(7) Pothier, n° 4.
(8) Id.

ARTICLE 1805.

L'estimation donnée au cheptel dans le bail n'en transfère pas la propriété au preneur ; elle n'a d'autre objet que de fixer la perte ou le profit qui pourra se trouver à l'expiration du bail.

SOMMAIRE.

1074. La propriété du cheptel simple reste au bailleur, qui n'a voulu mettre dans la société que la jouissance du fonds de bétail.

1075. Espèce particulière de cheptel simple admise dans l'ancienne jurisprudence, et qui faisait participer le preneur à la propriété. Le Code ne reconnaît plus cette variété du cheptel simple qui reposait sur une fiction.

1076. Estimation du fonds de bétail. Elle n'est pas substantielle. Son utilité ; elle ne fait pas passer la propriété au preneur. Conciliation de cette vérité, consacrée par l'art. 1805, avec d'autres textes.

COMMENTAIRE.

1074. Dans le cheptel simple (et c'est ce qui le distingue du cheptel à moitié) la propriété du troupeau repose en entier sur la tête du bailleur ; et cette circonstance, quoi qu'on en ait dit, n'empêche pas qu'il ne reste une émanation du contrat de société. Car, comme je l'ai déjà enseigné, on peut mettre en société la jouissance d'une chose ; c'est ce qui a lieu ici.

1075. Dans l'ancienne jurisprudence, on admettait une fiction qui, tout en associant le preneur à la propriété du troupeau, laissait cependant au contrat son caractère de cheptel simple et ordinaire. Voici comment.

En fait, on ne disconvenait pas que le preneur, pauvre presque toujours et dénué de ressources, n'eût rien apporté effectivement au fonds de bétail. Mais tout en admettant qu'il n'avait pas le moyen de fournir à la société sa moitié du cheptel, on feignait que le bailleur l'avait fournie pour lui, et la lui avait avancée, et, lors de la dissolution de la société, le preneur devait lui en faire raison.

Au moyen de cette avance présumée, le fonds de cheptel devenait commun entre les deux parties ; le preneur en était considéré comme propriétaire pour moitié, et était débiteur du prix de la moitié que le bailleur lui avait avancée (1).

Je n'ai jamais pu comprendre le but de cette fiction qui, du reste, n'avait pas cours dans les dispositions des coutumes relatives au cheptel simple (2).

La seule différence qu'il y eût entre cette manière de considérer le cheptel simple et le cheptel à moitié, c'est que le cheptelier y était débiteur envers le bailleur du prix de la moitié du fonds de cheptel, que celui-ci était censé avoir avancé pour lui ; tandis que dans le cheptel à moitié, le preneur fournissait effectivement sa mise et n'en était pas débiteur. Du reste, dans l'un et l'autre cheptel, le preneur était propriétaire (3).

Le Code n'envisage plus le cheptel simple sous cet aspect. Il repousse cette fiction et veut que le bailleur soit propriétaire, et que la propriété ne soit pas transférée au preneur. Si les parties convenaient d'une avance pareille à celle dont il vient d'être question, on rentrerait dans les termes du cheptel à moitié, et l'on se gouvernerait par les règles contenues aux articles 1818 et suivants.

1076. Presque toujours les parties font une estimation du fonds de bétail au moment où commence leur association. Ce n'est pas que cette mesure soit prescrite comme indispensable par la loi (4) ; mais la prudence la conseille. Car, au moment où le propriétaire livre au preneur une chose périssable par sa nature, il faut poser une base qui serve de point de comparaison pour reconnaître, à la fin du bail, si le bétail a éprouvé de l'augmentation ou du déchet dans sa valeur (5).

Mais quels seront les effets de cette estimation?

La loi a voulu les régler lorsqu'elle a lieu. Elle ne veut pas que cette estimation puisse, dans aucun cas, être considérée comme ayant l'effet de transmettre au preneur la propriété du troupeau. En vain se prévaudrait-on de la maxime *æstimatio facit venditionem* (6), dont nous voyons un exemple dans l'art. 1551 du Code civil. Elle n'est bonne que lorsque l'estimation ne peut s'expliquer que par la pensée de rendre le détenteur de la chose débiteur de la prisée plutôt que de la chose même. Mais lorsque l'estimation trouve son explication dans l'utilité de constater la valeur de la chose au moment de la réception, afin de mieux savoir de combien elle se trouvera améliorée ou détériorée lorsqu'il faudra la rendre et régler les profits ou la perte, on ne peut plus dire que l'estimation vaut vente. La fin pour laquelle elle s'est faite exclut la présomption d'une transmission de propriété (7).

Ces idées sont fort anciennes dans notre jurisprudence. Le Code les a empruntées à Pothier, qui luimême les avait prises dans Coquille. Citons les paroles de ce jurisconsulte puisqu'elles sont la source de notre article : « L'estimation qui se fait lors du bail ne fait « pas que ce soit vente et achapt. Car le bailleur de- « meure propriétaire de son cheptel, et l'estimation « dudit bétail, lors du bail, se fait à deux fins : *l'une* « *pour reconnaître de quelle somme le preneur sera* « *tenu s'il fait faute au traitement du bétail;* l'autre « pour connaître à quelle somme montera le croît et « profit, afin qu'après le cheptel payé, le profit soit « party par moitié (8). »

Mais il faut que l'estimation soit faite avec équité. Car si elle était portée à trop haut prix, les profits du preneur seraient diminués, et ceux du bailleur augmentés en proportion. Il en résulterait une injustice, une manœuvre usuraire (9). Le cheptelier aura donc la précaution d'assister à l'estimation et d'en débattre les bases, afin que l'avenir de sa spéculation ne soit pas compromis par la ruse d'un propriétaire sans délicatesse.

(1) Pothier, n° 1.
(2) Id., n° 4.
(3) Id., n° 9.
(4) Observations du tribunat (Fenet, t. 14, p. 291. Locré, t. 7, p. 189, n° 48). *Infr.*, n° 1229.
(5) M. Mouricault (Fenet, t. 14, p. 34 . . . t. 7, p. 208, n° 21). Coquille (sur Nivernais), t. 21, art. 101.
(6) D'après la loi 3, D. *Loc. cond.*, et l. 5, D. *De jure dot.*
(7) Pothier, n° 66.
(8) Sur Nivernais, t. 21, art. 1.
(9) Coquille, sur Nivernais, t. 21, art. 15.

Article 1806.

Le preneur doit les soins d'un bon père de famille à la conservation du cheptel.

SOMMAIRE.

1077. Le preneur est tenu de garder et soigner le bétail.
1078. Dans l'ancien droit, il n'était tenu que de la faute légère.
1079. C'est aussi le vœu du Code civil.
1080. Réfutation de l'opinion qui voudrait imputer au cheptelier la faute très-légère.
1081. Il est tenu de la faute de ceux qu'il emploie.
1082. Doit-il prouver qu'il est exempt de faute? ou bien est-ce au bailleur à prouver qu'il en a commis une? — Renvoi.

COMMENTAIRE.

1077. Les articles 1800 et 1804 nous ont dit que le preneur doit *garder* et *soigner* le fonds de bétail qui lui est confié.

1078. Mais jusqu'où doit s'élever sa diligence? Est-il tenu de la faute lourde seulement ou de la faute légère, ou même de la faute très-légère?

Les principaux jurisconsultes étaient d'accord dans l'ancienne jurisprudence pour exclure la faute très-légère. Ils pensaient que le preneur ne s'obligeait qu'à apporter les soins du bon père de famille, et que sa responsabilité était celle que l'on exige dans le contrat de louage et dans le contrat de société (1). La coutume de Nivernais le décidait même d'une manière expresse en disant que le preneur devait nourrir, traiter et gouverner le troupeau *comme il fait ou devrait faire le sien propre* (2). Gouverner le troupeau comme il gouverne le sien, c'était seulement faire imputation de la faute lourde (3). Mais quand la coutume ajoutait : *ou devrait faire le sien propre*, elle élevait l'échelle de la responsabilité jusqu'à la faute légère (4). C'est ce qu'avait aperçu le judicieux Coquille. « La coutume, par ces mots*devrait faire*, semble désirer *une diligence exacte*, dont la raison est, parce que le preneur prend profit et salaire pour la garde et pour le soin. » Ainsi, on le voit, la faute lourde n'est pas assez; la faute très-légère, c'est beaucoup trop. Tel est le résumé de l'ancien droit.

1079. Telle est aussi la volonté du nouveau. Les soins du *bon père de famille* que l'art. 1806 demande au cheptelier, sont ceux qui excluent la faute lourde et la faute légère. Mais le bon père de famille n'est pas tenu d'être toujours debout, veillant et surveillant. Quand il a rempli ses devoirs d'homme attentif, soigneux, diligent, dans la mesure donnée par la Providence à la faiblesse humaine, il est quitte envers la loi et envers sa conscience. On n'a rien de plus à lui demander (5). On n'a pas le droit de lui dire : « Vous auriez dû être très-soigneux, très-attentif, très-diligent. Vous auriez dû ne pas dormir la nuit; prodiguer vos fatigues et vous sacrifier ; » car ce serait vouloir qu'il fût très-bon père de famille, et l'article 1806, d'accord avec l'ensemble du système du Code, rejette les superlatifs (6). Il se contente de l'accomplissement des devoirs du bon père de famille; sachant bien qu'il a affaire à des hommes et non à des êtres surnaturels, impeccables, infaillibles.

1080. M. Duvergier veut cependant soumettre le cheptelier à la faute très légère (7); c'est entrer bien avant dans le système de M. Toullier sur la responsabilité des fautes; système dont je crois avoir fait sentir ailleurs l'exagération (8). Mais ce qui me paraît surtout inadmissible, c'est que M. Duvergier fasse servir l'ancienne jurisprudence, et notamment Coquille, à prêter main-forte à la théorie vacillante de M. Toullier. Coquille n'a parlé que d'une *diligence exacte*; il n'a parlé que d'un degré de faute supérieur à la faute lourde. Pourquoi donc lui en faire compter deux et convertir son positif en superlatif, lorsque surtout il cite la loi romaine dont les termes sont ceux-ci : *Culpa præstanda est* (9)? Le mot *culpa*, employé seul, n'a-t-il pas un sens clair et positif? Faut-il rappeler cette règle de Caïus : *Culpa autem non ad exactissimam diligentiam dirigenda est* (10)?

Au surplus je ne dirai rien qu'on n'ait pressenti d'avance, en rappelant que M. Duranton écarte comme moi la faute très-légère. Car on sait que ce jurisconsulte suit pas à pas l'ancien droit dans l'appréciation de la diligence du débiteur d'une chose (11). Mais je n'ai pas besoin d'ajouter qu'en étant d'accord avec lui sur le résultat, je suis loin de prendre le même chemin que lui pour y arriver.

1081. Le cheptelier est tenu non-seulement de sa propre faute, mais encore de celle de ses pâtres (12).

1082. Mais la faute du cheptelier se présume-t-elle? est-ce à lui à prouver que la perte a eu lieu par force majeure? ou bien le bailleur doit-il établir la preuve de la faute? Nous allons voir comment les articles suivants vont répondre à cette question.

(1) Pothier, n° 35.
(2) Art. 2, t. 21.
(3) V. mon Comm. de la *Vente*, nos 362, 365.
(4) *Loc. cit.*, n° 362.
(5) V. mon Comm. de la *Vente*, nos 361, 371, etc.
(6) *Même ouvrage*, et *supr.*, n° 345.
(7) N° 394.
(8) Mon Comm. de la *Vente*, nos 361 et suiv.
(9) Ulpien, l. 52, § 2, D. *Loc. cond.*
(10) L. 72, D. *Pro socio.*
(11) T. 17, n° 271.
(12) *Supr.*, art. 1797, 1384. Pothier, n° 35.

Article 1807.

Il n'est tenu du cas fortuit que lorsqu'il a été précédé de quelque faute de sa part, sans laquelle la perte ne serait pas arrivée.

Article 1808.

En cas de contestation, le preneur est tenu de prouver le cas fortuit, et le bailleur est tenu de prouver la faute qu'il impute au preneur.

Article 1809.

Le preneur qui est déchargé par le cas fortuit est toujours tenu de rendre compte des peaux des bêtes.

SOMMAIRE.

1083. De la force majeure. A qui incombe-t-il de la prouver?
1084. La force majeure excuse le débiteur de la chose.
1085. Dans l'ancien droit, qui devait la prouver, du bailleur ou du preneur?
1086. Première opinion, de la Thaumassière et de Godefroy.
1087. Deuxième opinion, de Pothier.
1088. Troisième opinion, émise par Bartole.
1089. La doctrine de Pothier est préférée par le projet de Code civil. Réclamation de quelques cours d'appel. Modifications dans le sens du premier système.
1090. Résumé des art. 1807 et 1808.
1091. Le preneur doit prouver le cas fortuit.
1092. Mais si le bailleur prétend que l'événement est mélangé de faute, c'est à lui à le prouver.
En le décidant ainsi, l'art. 1808 s'écarte des règles ordinaires.
Raison de cette exception.
1093. Non-seulement le cheptelier doit rendre compte des têtes, mais encore des peaux. Portée de cette obligation.
1094. Qui supporte la perte par force majeure? Le preneur y concourt-il? Renvoi.

COMMENTAIRE.

1083. Les trois articles que nous devons interpréter doivent être liés à l'ancienne jurisprudence pour être bien compris. Voici donc quelles étaient autrefois les idées dominantes sur la force majeure et sur la charge de la prouver.

1084. Et d'abord, alors comme aujourd'hui, il était certain que la force majeure, bien et dûment prouvée, déchargeait le preneur de l'obligation de rendre les bêtes qui avaient péri. Ainsi si quelques-unes étaient mortes dans une épizootie, si d'autres avaient été ravies par une force irrésistible, par exemple par une invasion à main armée, le preneur était irresponsable; sauf à partager la perte avec le bailleur, comme nous le verrons plus bas.

1085. Mais dans l'incertitude sur la cause de la perte ou de la mort des animaux, était-ce au preneur à prouver l'événement de force majeure; ou bien le bailleur avait-il la charge d'établir la négligence du preneur?

1086. La Thaumassière pensait que c'était sur le preneur qu'incombait la preuve. Si une bête manquait, ou bien si elle se trouvait estropiée ou détériorée, il soutenait que la cause de ce dommage devait être présumée provenir par sa faute, à moins qu'il ne justifiât de l'accident de force majeure (1). Tel était aussi le sentiment de Coquille (2), d'Auroux des Pommiers (3) et de Godefroy. Ce dernier s'exprimait ainsi: « Præsumitur culpa in omni custode, qui gregis sui « omnia capita non restituit. Quod magis placet quàm « quod à Ricardo et Guilielmo, veteribus interpreti- « bus, dicitur: caprarium ex parte innocentem præ- « sumi, nisi probetur nocens (4). »

1087. Pothier enseignait au contraire, d'après le sentiment de magistrats très-éclairés de la province de Berry, et d'après un usage qu'il soutenait être dominant dans cette province, que dans le doute on présumait les bêtes mortes par maladie ou autre accident allégué par le preneur; que celui-ci était dispensé de les représenter, en produisant les peaux. Cette présomption est fondée, dit Pothier (5), « sur ce que le « cas de maladie est le plus ordinaire de la perte des « bestiaux, et que les preneurs ayant un grand intérêt « à la conservation des bêtes par rapport à la part « qu'ils ont dans le profit et la perte du cheptel, le « cas de négligence des preneurs doit être un cas « très-rare. »

Du reste, on a vu ci-dessus que cette opinion n'était pas nouvelle; Godefroy cite les vieux glossateurs qui l'avaient soutenue; on peut en ajouter d'autres, Martin, Joanes et Azon (6).

1088. Il y avait une troisième opinion enseignée par Bartole (7) et Alexandre (8). C'est que si le cas de perte était de ceux dont la faute se mêle ordinairement, comme larcin, incendie, le gardien devait se décharger de la présomption de faute; si, au contraire, il était de ceux auxquels la faute reste ordinairement étrangère, il suffisait au gardien de prouver la perte, et c'était au propriétaire à prouver la faute.

(1) Cens. 11, art. 47.
(2) Sur Nivernais, *des Cheptels*, art. 3.
(3) Sur Bourbonnais, id., art. 54.
(4) Sur la loi 9, § 4, D. *Loc. cond.*
(5) N° 52.
(6) V. Coquille, *loc. cit.*
(7) Sur la loi *Si quis*, § *an et hæres*, D. *De edendo*.
(8) Conseils 2 et 8, vol. 1.

1089. Quelle est, de ces trois opinions, celle que le Code civil a adoptée?

Dans le projet de Code soumis aux cours, l'art. 85 (1808) était ainsi conçu :

« En cas de contestation sur la cause de la perte du « cheptel, c'est au bailleur à prouver qu'il a *péri par* « *la faute du preneur*, pourvu que celui-ci représente « les peaux des bêtes mortes. »

On voit que le projet donnait la préférence à l'opinion rappelée et soutenue par Pothier.

Mais deux cours royales réclamèrent avec force contre cette disposition.

La cour de Lyon disait (1) :

« On est forcé de le dire parce que c'est un point « de la plus haute importance pour la nation, quand « on médite les principes adoptés par le projet du « Code sur la propriété, on reconnaît avec douleur « qu'ils tendent à affaiblir ses droits, et par consé- « quent, à l'altérer et à l'avilir. Cependant la pro- « priété est la cause du pacte social. Le maintien de « la plénitude de ses droits est le devoir du législa- « teur. Il est donc important de revoir tous les arti- « cles qui le concernent dans le système de la restau- « ration de l'intégrité de ses droits.

« La représentation de la peau est absolument insi- « gnifiante. Qui prouvera que la peau est celle de la « bête manquante? et quand l'identité serait consta- « tée, si le preneur a mangé la bête, que prouvera « la représentation de la peau?

« On propose la rédaction suivante : En cas de con- « testation sur la cause de la perte du cheptel, le « preneur est tenu de prouver qu'il a *péri par cas* « *fortuit*. »

La cour d'appel de Rennes présenta des observations non moins graves (2).

« Cet article, disait-elle, impose au bailleur l'obli- « gation de prouver que la bête a péri par la faute du « preneur. N'y a-t-il pas beaucoup plus d'inconvé- « nients à laisser cette preuve à la charge du bailleur « qu'à obliger le preneur de justifier qu'il n'y a point « de sa faute? Si l'obligation de représenter les bêtes « mortes suffisait pour se décharger, ne pouvait-il « pas vendre un bœuf, par exemple, ou le consom- « mer, en gardant la peau pour la présenter à son « bailleur, qui, dans l'éloignement, serait hors d'état « de prouver ou la vente ou la consommation? Le « *preneur étant possesseur des bestiaux*, il paraît « juste de l'assujettir à justifier que la bête *a péri sans* « *sa faute* : c'est une conséquence naturelle des prin- « cipes énoncés dans l'art. 83 (1806). »

En conséquence, la cour de Rennes proposait l'article suivant.

« En cas de contestation sur la cause de la perte « du cheptel, c'est au preneur à prouver *qu'il a péri* « SANS SA FAUTE. *Cette preuve opère sa décharge*. »

Ces sages observations furent entendues en grande partie par la section de législation. L'article fut modifié sous plusieurs points de vue, dans le sens de la Thaumassière, Coquille et Auroux des Pommiers.

Trois choses résultent des art. 1807 et 1808.

1090. 1° Le cas fortuit excuse le preneur, à moins qu'il n'ait été précédé d'une faute de sa part. Tel est le droit commun à l'égard de tout détenteur d'une chose.

1091. 2° Le preneur est tenu de prouver le cas fortuit, sans quoi la loi présume sa faute; et c'est encore le droit commun. Nous en avons eu d'innombrables exemples dans le titre *du Louage* (3). Ulpien le décidait ainsi dans la loi 9, § 4, au D. *Loc. cond.*, « Imperator Antoninus, cum patre, cum grex esset « abactus, quem quis conduxerat, ità rescripsit : Si « capras latrones, *citrà tuam fraudem*, abegisse pro- « bari potest, judicio locati casum præstare non co- « geris; atque temporis, quod insecutum est, mer- « cedes, ut indebitas, recuperabis. » C'est d'ailleurs la conséquence du principe général écrit dans l'article 1302 du Code civil.

1092. 3° Mais si le bailleur prétend que l'événement de force majeure est mélangé de faute, c'est à lui à prouver la culpabilité du preneur.

Ici l'art. 1808 s'écarte en un point des règles auxquelles le contrat de louage nous a accoutumés jusqu'à présent, et que j'ai prouvées être l'expression du droit commun (4). En effet, supposez un de ces événements de force majeure qui n'excluent pas la faute; par exemple, l'incendie, le vol; nous avons vu constamment que le débiteur de la chose n'est exonéré dans ce cas, que lorsqu'il purge le sinistre de toute présomption de négligence. Et cependant, l'art. 1808 veut qu'il en soit autrement à l'égard du cheptelier. Il se contente de la preuve du fait matériel, et charge le bailleur de prouver le concours de la faute. Ce n'est pas ce qu'en pensaient Coquille (5) et Gomez (6) dans l'ancienne jurisprudence; ce n'est pas non plus ce qu'en pensait un plus grand maître, Ulpien, qui voulait que le pasteur prouvât que le vol avait eu lieu *citrà fraudem*. Ai-je donc eu tort de dire ailleurs que l'art. 1808 n'était qu'une exception?

Voici maintenant les raisons qui peuvent le légitimer.

Le Code venait de prendre le parti de s'éloigner de l'opinion de Pothier, si favorable au cheptelier. Mais, tout en faisant cette concession aux principes, il n'a pas cru pouvoir se détacher entièrement d'une certaine indulgence pour une classe d'individus en général pauvres et dignes d'intérêt. Il a considéré d'ailleurs que le cheptelier avait des motifs puissants de veiller à la conservation du cheptel, et que son intérêt, à cet égard, pouvait balancer la présomption de négligence, et engendrer une exception aux règles ordinaires. La cour de Rennes était entrée plus énergiquement dans les vrais principes par l'amendement qu'elle proposait (7); l'article 1808 est entré davantage dans les voies de l'équité.

Ceci posé, on n'adoptera pas l'opinion de M. Duvergier, qui soutient qu'il ne suffira pas au preneur d'établir que les bêtes lui ont été volées, s'il ne prouve pas aussi qu'il avait pris toutes les précautions d'un père de famille prudent; ou que les bêtes féroces ont dévoré les bestiaux, s'il ne démontre pas en outre qu'ils étaient convenablement gardés (8). Sans doute, dans les relations ordinaires de débiteur d'une chose à son créancier, M. Duvergier aurait raison; et cependant je ne dois pas oublier (pour le dire en pas-

(1) Fenet, t. 4, p. 209.

(2) Id., t. 5, p. 397.

(3) *Supr.*, nos 342, 365, 366, 910, 916, 936, 987.

(4) *Supr.*, nos 221, 222 et la note; 223, 342, 364, 366, 910, 916, 939, 987, etc., et mon Comm. de la *Vente*, no 402.

(5) Sur Nivernais, t. 21, art. 3. Il disait : *Il doit prouver*, EN TOUT CAS, *qu'il n'y a pas de louage*.

(6) *Supr.*, no 342. J'ai cité son opinion.

(7) Id., no 1088.

(8) Nos 398 et 399 du t. 2.

sant) qu'il m'a reproché quelque part (1) d'avoir professé cette doctrine (2). Mais ici l'article 1808 y fait positivement exception, et certes ce n'était pas le lieu d'en faire l'application. Le cheptelier, je le répète, est dans une position à part. Une fois qu'il a prouvé le fait, la loi présume l'absence de faute. Elle ne suppose pas qu'il a mal surveillé les bêtes volées ou surprises par les animaux carnassiers. C'est au bailleur à prouver qu'il avait mal pris ses précautions, que les bergeries n'étaient pas fermées, que les brebis s'étant égarées, il n'a pas eu le soin de les rechercher et de les soustraire à l'envahissement des loups, etc., etc.

Au surplus, M. Duranton, que M. Duvergier invoque à l'appui de son opinion, dit positivement le contraire (3).

1093. De même que le cheptelier doit rendre compte des têtes composant le fonds de bétail confié à sa garde, de même il doit rendre compte des peaux, qui sont aussi la propriété du bailleur (art. 1809) (4). Alors même que la force majeure les a fait périr, il faut que le maître reçoive de lui les peaux existantes; ou, si elles n'existent plus, il faut que le preneur fasse connaître par quelle raison légitime il est dans l'impossibilité de les représenter. Voilà quelle est l'étendue de l'obligation de rendre compte des peaux imposée par l'art. 1809. Cet article ne signifie ni que le cheptelier devra payer les peaux, ni qu'il devra toujours et nécessairement les représenter (5). La loi n'a pas voulu l'assujettir à l'impossible. Si une épizootie a fait mourir plusieurs animaux, et que des mesures sanitaires aient prescrit que les corps des bêtes seraient enfouis avec les cuirs pour prévenir la communication de l'infection, il est évident que le cheptelier, en justifiant des ordres de l'administration, sera dispensé de représenter les peaux (6). Il en sera de même si les brebis ont été ravies par les animaux carnassiers sans qu'on puisse les retrouver. Dans ces différents cas, expliquer la cause de leur disparition, c'est en rendre compte dans le sens de l'article 1809 (7).

1094. On vient de voir le preneur absous par la force majeure, c'est-à-dire, dispensé de payer la valeur de la chose périe, et des dommages et intérêts. Mais sur qui retombera la perte ou la détérioration? sur le bailleur seul, ou sur la société formée entre le bailleur ou le preneur pour la jouissance et l'exploitation du cheptel?

Ce point important est réglé par l'article suivant.

Article 1810.

Si le cheptel périt en entier sans la faute du preneur, la perte en est pour le bailleur.

S'il n'en périt qu'une partie, la perte est supportée en commun, d'après le prix de l'estimation originaire, et celui de l'estimation à l'expiration du cheptel.

SOMMAIRE.

1095. Importance de l'art. 1810, qui règle la responsabilité de la perte du cheptel par cas fortuit.
1096. La règle *Res perit domino* semblerait devoir faire décider que la perte est pour le propriétaire.
1097. Il n'en était pas ainsi dans les coutumes écrites, dont la doctrine a été chaudement défendue par Pothier.
Raisons pour lesquelles on faisait supporter au preneur moitié dans la perte totale et partielle.
1098. Mais ce système était combattu par les théologiens comme entaché d'usure. Ils avaient peut-être raison sous le point de vue économique; mais ils avaient tort aux yeux du droit et des textes.
1099. Cependant la discussion qu'ils avaient soulevée avait eu ce bon résultat, que leurs adversaires convenaient que la contribution du preneur à la perte n'était pas licite partout; par exemple, dans les pays où le preneur n'était pas indemnisé de la nourriture et de ses soins par le lait, le fumier et les labeurs.
1100. Résumé de ces deux opinions et caractère qui les signale.
1101. Opinion moyenne de Coquille. Il veut assimiler le preneur à l'usufruitier, et par conséquent le décharger de la contribution à la perte totale, et le faire contribuer seulement à la perte partielle jusqu'à concurrence du croît.
Résumé des obligations de l'usufruitier.
1102. Système du Code civil. Épreuves par lesquelles il a passé avant d'arriver au point où nous le voyons aujourd'hui. La discussion du conseil d'État incline vers le système de Coquille.
Mais un changement de rédaction, opéré par la section de législation, le renverse complétement. Il est décidé que le preneur ne contribuera pas à la perte totale, mais qu'il contribuera à la perte partielle.
1103. Comparaison de ce système avec les trois anciens.
1104. En quoi il se rapproche et en quoi il diffère du système des théologiens.
1105. Et du système des coutumes et de Pothier.
1106. Et du système de Coquille.
1107. Il est facile de l'expliquer rationnellement, quand il décharge le preneur de la perte totale.
1108. Mais cela est plus difficile, quand il lui fait supporter la moitié de la perte partielle.
1109. Conclusion, que la combinaison adoptée sur ce point par le Code manque de logique.
1110. Et qu'elle n'est pas bonne en économie.
1111. Au reste, le cheptelier peut se faire, par la convention, une position meilleure que celle que lui fait la loi.
1112. Les pertes qui ont lieu, avant la fin du bail, doivent se réparer par le croît et jusqu'à concurrence du croît.

(1) Dans son Traité de la *Vente*, t. 1, n° 280.
(2) V. mon Comm. de la *Vente*, n° 402, et *supr.*, n° 222, note, ma réponse à cet auteur.
(3) *Louage*, n° 272.
(4) *Infr.*, n° 1123.
(5) M. Treilhard (Fenet, t. 14, p. 254). Locré, t. 7, p. 168, n° 52.
(6) M. Proudhon, t. 2, n° 1090, *Usufruit*.
(7) M. Treilhard, *loc. cit.* M. Duranton, n° 273, t. 17. Conférez avec l'art. 616 C. C., qui a une disposition conforme.

COMMENTAIRE.

1095. L'article 1810 est un des plus importants du contrat de cheptel; il semble au premier coup d'œil se résumer avec clarté. Néanmoins il n'est pas exempt de difficultés; et des critiques sévères et peut-être justes ont été faites contre ses dispositions. Pour bien comprendre et le mérite de ces reproches et la distinction que fait notre article entre la perte totale et la perte partielle, il faut entrer dans quelques détails.

1096. En point de droit ordinaire, le bailleur étant propriétaire des bestiaux, il semble qu'il devrait en souffrir exclusivement la perte, d'après la règle *Res perit domino*. D'un autre côté, le preneur n'ayant de part que dans les croîts et profits paraîtrait ne devoir supporter que la part de perte qui arrive sur les croîts et profits, et non celle qui arrive sur les bêtes composant le fonds de cheptel, puisqu'il n'a rien dans ce fonds.

1097. Il en était autrement cependant dans les pays qui avaient des coutumes écrites sur le cheptel; le preneur était chargé conjointement avec le bailleur, et chacun pour moitié, de la perte, soit partielle, soit totale (1).

Pour expliquer cette modification de la grande règle *Res perit domino*, on disait (2) :

Il y a deux choses à considérer dans la position du preneur; l'indemnité qui lui est donnée pour ses peines, fatigues et dépenses; les bénéfices qu'il prend dans les laines et croîts. Payé de ses travaux et dépenses par les menus produits, tels que laitages, fumiers et labeurs, à quel titre vient-il prendre part dans les laines et croîts? Cet avantage serait sans cause suffisante s'il ne s'expliquait comme étant le prix que le bailleur paye au cheptelier du risque de la moitié du cheptel, dont il se décharge sur lui. Ainsi, le preneur trouve une indemnité suffisante de son travail et de ses soins dans les laitages, fumiers et labeurs des bestiaux dont il jouit exclusivement; l'attribution de moitié part dans les croîts, laines et améliorations des bêtes, est un avantage en sus qui doit être balancé par une contribution à la perte du capital.

Voilà comment on expliquait d'une manière très-plausible cette combinaison qui, au premier coup d'œil, paraît singulière et même choquante. On voit qu'envisagée de ce point de vue, elle n'avait rien qui fût une violation de la règle *Res perit domino*; car cette règle n'empêche pas que le propriétaire d'une chose ne puisse traiter avec une autre personne du risque de cette chose, et la charger, moyennant un prix (3) suffisant, de supporter la perte en cas de chance mauvaise. C'est ce qui a lieu dans les contrats d'assurance, et l'on ne saurait le trouver illégal dans le cheptel simple.

En équité, cette distribution des profits et des pertes n'avait rien non plus de répréhensible, rien qui rompît l'équilibre qui doit présider à un contrat de bonne foi. Car dans les provinces où régnaient les coutumes dont je parle, les pâturages étaient abondants, la nourriture des bêtes était de peu de dépense; il n'y avait rien d'exagéré à dire que les laitages, fumiers et labeurs indemnisaient le cheptelier de ses peines et de ses frais.

Sans doute une telle industrie ne l'enrichissait pas; elle n'était pas un moyen de faire fortune. Le cheptelier était resserré dans une balance trop exacte des chances bonnes et mauvaises. Mais enfin, aux yeux de la morale et dans les termes du point de droit, il n'y avait pas de reproches sérieux à faire à un contrat qui repose sur ces bases.

1098. Toutefois, de très-bons esprits, même dans l'ancienne jurisprudence, n'avaient pas voulu admettre cette participation du preneur à la perte d'une chose dont il n'avait pas la propriété. Frappés probablement de la petite et misérable industrie du cheptelier, ils en attribuaient la cause à l'inobservation de la règle tutélaire *Res perit domino*. Les casuistes ecclésiastiques en général repoussaient comme usuraire la soumission du cheptelier simple à la moitié de la perte du capital. Leur thèse a été développée avec beaucoup de force par l'auteur des fameuses *Conférences ecclésiastiques de Paris sur l'usure* (4). On y trouve le sentiment de l'Église appuyé de raisonnements ingénieux et de l'autorité grave de quelques conciles (5). J'aime à voir le clergé prendre ainsi sous sa protection la cause du faible et du pauvre. C'est à lui surtout qu'il appartient de travailler à l'amélioration de sa condition et à ses progrès matériels et moraux. Mais j'aurais préféré que cette discussion s'engageât sur le terrain de l'économie politique ou sociale, plutôt que sur celui du droit civil qui domine dans l'ouvrage dont je parle. Sur le premier de ces champs de bataille l'auteur fût resté victorieux; sur le second, il s'est fait battre par Pothier (6), qui l'a accablé sous la puissance des principes et des textes (7).

1099. Cependant il était resté, de cette controverse intéressante, une concession importante faite par Pothier. C'est que la contribution du preneur à la perte du capital n'était pas licite en tout pays; que l'équité de ce contrat dépendait des différentes circonstances des lieux (8); qu'il n'était irréprochable que dans les provinces riches en pâturages et où les laitages, fumiers et labeurs donnent au cheptelier la récompense de ses frais de nourriture et de garde; mais que dans les pays où les pâturages sont peu abondants et où le preneur doit se procurer chèrement la nourriture du cheptel, la convention qui mettrait à sa charge la moitié de la perte du fonds de bestiaux serait inique; car cette charge n'aurait pas d'indemnité, attendu que les croîts et laines seraient absorbés avant tout comme supplément de recompense pour la nourriture, l'hébergement et la garde.

1100. Voilà donc des opinions bien distinctes sur la participation à la perte totale ou partielle du fonds de bétail; l'une, plus humaine et tout à fait absolue, repousse toute contribution du côté du preneur à la perte quelle qu'elle soit; l'autre, moins entière, distingue les circonstances et les lieux; ici elle se met en opposition avec la première opinion et elle absout la participation à la perte totale ou partielle; là elle se réunit à la première opinion pour condamner cette participation comme usuraire.

(1) Pothier, n°s 11 et suiv.
(2) Id., n°s 9, 10, 17.
(3) *Infr.*, n° 1336, le cas de cheptel de fer.
(4) T. 2, p. 417 et suiv.
(5) Ceux de Milan et de Bordeaux, tenus au seizième siècle.
(6) *Loc. cit.*
(7) En effet, le texte des cout. de Berry, Bourbonnais et Nivernais est formel.
(8) N° 19.

1101. Entre ces deux sentiments, il y en avait un mitoyen dont Coquille était l'organe. Cet auteur, s'attachant avec force à la maxime *Res perit domino*, voulait que le cheptelier fût exempt de contribution dans le cas de perte totale. Toute convention contraire lui paraissait léonine et injuste. Il défendait cette thèse contre l'opinion *vulgairement tenue* (1), au risque de s'insurger *par un paradoxe* (2) contre la coutume de Nivernais, dont le texte s'accorde difficilement avec son commentaire. Mais dans le cas de perte partielle, Coquille voulait que la perte fût commune, en ce sens que le preneur dût nourrir ce qui restait du bétail jusqu'à ce que le croît et le profit eussent parfait le cheptel; et il appliquait au preneur les obligations de l'usufruitier (3).

Ces obligations, quelles sont-elles?

L'usufruitier d'un troupeau, c'est-à-dire d'un corps destiné à avoir une existence indéfinie (*unum corpus ex distantibus capitibus*) (4), n'est pas tenu de la perte totale arrivée par force majeure et maladie. La perte est pour le nu-propriétaire : *Res perit domino* (5).

Mais s'il n'y a que des individus qui périssent dans le troupeau, si le corps reste debout quoique diminué de nombre, on suit d'autres principes. L'usufruitier est tenu de réparer les pertes jusqu'à concurrence du croît. C'est là une réparation d'entretien, si l'on peut parler ainsi (6), une suite de son obligation de rendre le troupeau dans l'état où il l'a reçu. Justinien dans ses Institutes (7) assimile un troupeau, avec ses parties complexes, à un édifice composé de pierres assemblées. En suivant cette comparaison, on peut dire que de même que l'usufruitier est obligé de remettre une pierre qui se détache de la maison lors de la jouissance, ou les tuiles du toit emportées par le vent, de même l'usufruitier d'un troupeau est tenu de combler le vide que la mort ou la vétusté y auraient causé, et cela avec les moyens de reproduction que le troupeau porte en lui-même. Le croît vient tous les ans mettre sous sa main des ressources nouvelles. C'est par ces ressources qu'un bon administrateur prévient la décadence du troupeau. Elles sont grevées d'un prélèvement nécessaire pour conserver le capital intact (8); elles se convertissent en capital tant que le fonds de bétail éprouve des accidents. Ce n'est que lorsque cette dette est payée, que le surplus du croît appartient à l'usufruitier, et qu'il peut en disposer comme de sa propre chose. Mais si la ruine du troupeau a marché plus vite que ses ressources réparatrices, si le croît, toujours employé à repeupler ce que la mort emportait, n'a pas été suffisant pour remplacer les chefs manquants, l'usufruitier ne sera pas tenu du déficit.

Tel était le système des lois romaines sur les obligations de l'usufruitier. Tel est aussi celui du Code civil (9). C'est celui-là que Coquille voulait substituer au système de la coutume de Nivernais.

Partant de là il disait : Quand même il ne resterait qu'une tête, le preneur doit entretenir le bail, jusqu'à ce que par le croît et le profit il ait refait et fourni le prix du cheptel (10).

Puis prévoyant le cas où le cheptelier refuserait de remplir cette obligation, quelquefois onéreuse, il ajoutait : « Je croys qu'audit cas le bailleur peut contraindre le preneur de tenir le bétail jusqu'à ce, *et* « *s'il ne le voulait tenir, je croys* EN CE CAS, *qu'il pour-* « *rait être contraint à supporter la moitié de la perte* « *du cheptel*, EX EO CAPITE QUOD INTEMPESTIVÈ DISSOLVE- « RET SOCIETATEM (11). »

1102. Le Code civil avait à se prononcer entre ces trois systèmes. Voyons ce qu'il a fait.

Dans sa conception primitive, l'art. 1810 était ainsi formulé :

« Si le cheptel périt en entier sans la faute du « preneur, la perte en est pour le bailleur.

« S'il n'en périt qu'une partie, la perte est sup- « portée en commun (12). »

Ce projet d'article souleva au conseil d'État une discussion qu'il est indispensable d'étudier (13).

« M. Defermon dit que, par l'effet naturel du « temps, des bestiaux donnés à cheptel doivent per- « dre de leur valeur. *Cependant, d'après la dernière* « *partie de l'article, le preneur entrerait dans cette* « *diminution.* »

Ainsi M. Defermon redoutait que la pensée de l'article projeté ne fût de sanctionner le système des coutumes, sinon en totalité du moins en ce qui concerne la perte partielle, et d'obliger le preneur à indemniser le bailleur de la perte ou de la détérioration en lui payant la moitié du déchet.

M. Tronchet lui répondit : « Les mots, *la perte est* « *commune*, ne signifient pas que le cheptelier sera « tenu de rembourser la moitié de la perte; mais « qu'elle portera sur lui en ce sens qu'elle diminuera « d'autant le profit qu'il tire du cheptel, sans qu'il ait « de recours contre le propriétaire. »

Arrêtons-nous un instant sur ces observations. En voici la paraphrase.

D'après les principes du contrat de louage, la perte partielle de la chose autorise le preneur, soit à demander la résiliation, soit à exercer un recours pécuniaire contre le bailleur (art. 1722). Cette règle profite-t-elle au cheptelier? Ce dernier pourra-t-il exercer un recours contre le propriétaire? Pourra-t-il demander la résiliation? Suivant M. Tronchet, l'art. 1810 n'a d'autre but que de régler ce point. Il ne signifie rien autre chose, sinon que le bail continuera nécessairement, et que le preneur ne sera pas fondé à se plaindre de ce que ses profits sont moindres qu'ils n'étaient au commencement. Ces mots, *la perte est supportée en commun*, ne veulent pas dire que le preneur viendra indemniser le bailleur d'une perte qui porte sur le capital dont ce dernier est seul propriétaire. Ce serait s'écarter sans nécessité de la règle *Res perit domino*. Sans doute les coutumes de Berry, de Bourbonnais et de Nivernais, l'avaient abandonnée, cette règle! Mais le Code veut y revenir; il raisonne sur d'autres bases que ces coutumes; il ne croit pas que le preneur soit suffisamment payé de ses soins et de ses dépenses par le laitage et les fumiers. Il lui attribue une part des laines et des croîts, à titre d'indemnité de son travail, et il ne se fait pas de ces bénéfices légitimes un prétexte pour appeler sur le preneur une responsabilité rigoureuse.

D'ailleurs, à côté de la règle *Res perit domino*, il en

(1) Sur Nivernais, t. 21, art. 4.
(2) Quest. 85.
(3) L. 68, § 1, 69, 70. D. *De usufr.*; l. 10, § 3, D. *De jure dot.*; et l'art. 616 du C. C.
(4) *Inst.*, § 18, *De legatis.*
(5) Art. 616 C. C.
(6) M. Proudhon, t. 2, n° 1096.
(7) § 18, *De legatis.*
(8) *Infr.*, n° 1122.
(9) Art. 616 M. Proudhon, t. 2, nos 1093 et suiv.
(10) Sur Nivernais, *loc. cit.*, et quest. 85.
(11) Quest. 85.
(12) Fenet, t. 14, p. 229. Locré, t. 7, p. 185, n° 81.
(13) Id., p. 254. Id., p. 158, n° 53.

est une autre, non moins respectable, c'est que dans une association la perte doit être supportée suivant la part que chacun a dans la société. Or, dans quoi le preneur a-t-il part? Dans les laines et les croîts. Donc il ne doit supporter pour sa part que la perte qui arrive dans les laines et croîts. Il doit souffrir sans murmurer les diminutions qui arrivent sur les profits du cheptel. Voilà comment la perte rejaillit sur lui! voilà en quel sens elle lui est commune. Mais elle ne peut lui être commune en ce sens qu'il payera au bailleur la moitié de la perte ou de la détérioration du fonds dans lequel il n'a pas part : sans quoi ce serait s'écarter du principe sacré en matière de société, savoir, que chacun ne supporte la perte que dans la part pour laquelle il entre dans l'association.

C'est ainsi, si je ne me trompe, que s'expliquent les paroles de M. Tronchet; c'est ainsi que le projet d'article doit être commenté, en se plaçant au point de vue de ce jurisconsulte. On y retrouve le système de Coquille.

Après M. Tronchet, la parole fut prise par M. Treilhard.

« Si l'opinion de M. Defermon, dit-il, est que quand « il n'y a ni cas fortuit ni faute du preneur, les béné« fices de celui-ci ne doivent pas souffrir de diminu« tion sur ce qui reste du troupeau, elle est juste, et il « convient de la rendre d'une manière plus claire dans « la rédaction. »

Cherchons encore à pénétrer l'idée de M. Treilhard.

Si le cheptel périt en tout ou en partie par la faute du preneur, c'est lui qui en supporte la perte dans toute son étendue.

S'il périt en partie, par cas fortuit, ses profits seront diminués; le croît, en effet, subira une défalcation; il faudra prélever les têtes nécessaires pour réparer la perte.

Mais si par quelque circonstance particulière les bestiaux ont perdu de leur valeur, si, par exemple une année de sécheresse les a amaigris, etc., etc., il n'est pas juste que le preneur soit privé de ses bénéfices ordinaires. Le troupeau reste numériquement ce qu'il était; les bêtes ne sont pas dépéries de vieillesse, ou rendues inutiles par l'âge (1); une bonne année d'abondance dans les pâturages réparera le déchet; il ne faut pas forcer le cheptelier à prendre sur ses profits pour contribuer à donner au troupeau sa valeur.

M. Treilhard ne s'écartait pas, on le voit, de l'interprétation de M. Tronchet; loin d'être hostile au cheptelier, il voulait que la loi fût encore plus favorable qu'elle ne l'était; il proposait d'augmenter la protection.

Là-dessus, le chapitre du cheptel fut renvoyé à la section de législation *pour être revu dans l'esprit des observations qui avaient été faites* (2).

Quel fut le résultat de ce remaniement?

L'art. 1810 reparut avec une addition remarquable.

« S'il n'en périt qu'une partie, la perte est supportée « en commun *d'après le prix de l'estimation origi« naire* et *celui de l'estimation à l'expiration du chep« tel* (3). »

Cette rédaction est restée définitive.

Reflète-t-elle l'esprit des observations de MM. Tronchet, Treilhard, Defermon?

Il me paraît au contraire qu'elle le renverse.

M. Treilhard, en effet, paraissait vouloir qu'on s'arrêtât au nombre plutôt qu'à la valeur estimative; au contraire, l'art. 1810 prend pour base du calcul de la perte, l'estimation initiale comparée à l'estimation finale.

M. Tronchet voulait que la perte ne fût commune, qu'en ce sens qu'il y aurait moins ou point de bénéfices pour le preneur! Et l'art. 1810 veut que toute la différence en moins entre l'estimation première et l'estimation dernière, soit commune, c'est-à-dire que le preneur contribue à couvrir cette différence en remboursant sa moitié de la perte; et ceci devient plus évident encore quand on jette les yeux sur l'art. 1817. Cet article suppose en effet qu'en fin de bail il n'y a pas assez de bêtes pour remplir l'estimation primitive. Que fait-il dans ce cas? Il veut que le bailleur prélève à son profit la totalité de ce qui reste, c'est-à-dire, chefs et croîts, et puis il ajoute : *Les parties se font raison de la perte*. Si le cheptelier était libéré par le sacrifice des croîts, serait-il nécessaire d'entrer dans ce calcul? Pourquoi lirait-on dans l'art. 1817 ces expressions, qui sont aussi celles dont se sert Pothier pour exprimer une idée semblable (4)?

Et cette partie de l'art. 1817 qui existait dans le projet du Code, à côté du projet d'art. 1810, me donne lieu de croire que M. Tronchet plaît cet article 1810 à une signification qui n'était pas la véritable, et que la section de législation a maintenu l'harmonie entre toutes les parties du chapitre 4 par une addition qui, en liant l'art. 1810 à l'article 1817, lève les doutes qui avaient agité quelques membres du conseil d'État.

1103. Maintenant mettons le système du Code en présence des trois systèmes qui partageaient l'ancienne jurisprudence. Qu'a-t-il emprunté à celui des théologiens? En quoi se rapproche-t-il ou s'éloigne-t-il de celui de Pothier? Est-il conforme à celui de Coquille, comme M. Duvergier l'a dit récemment (5)?

1104. S'il veut avec les casuistes que le preneur soit exempté de la perte totale, s'il le protége à cet égard par la règle *Res perit domino*, il se sépare d'eux pour ce qui concerne la perte partielle. Il veut que le preneur entre pour moitié dans cette perte.

1105. Autre dissentiment avec Pothier. Ce jurisconsulte, examinant les circonstances et les lieux, voulait que tantôt le preneur entrât dans la perte totale, tantôt qu'il n'y entrât pas. L'art. 1810 repousse toutes ces distinctions; il décharge le preneur dans tous les cas.

Et quant à la perte partielle, il n'a pas non plus égard aux mêmes distinctions que Pothier répétait ici, tantôt pour grever le preneur de la perte, tantôt pour l'exonérer. L'art. 1810 veut qu'il soit pour sa part responsable de la perte partielle dans tous les cas.

1106. Enfin, quoi qu'en dise M. Duvergier, il n'est pas plus d'accord avec Coquille.

En effet, bien qu'il distingue avec ce jurisconsulte la perte totale et la perte partielle; quoiqu'il se réunisse à lui pour exonérer le preneur de la contribution à la perte totale, assimilant ainsi le preneur à l'usufruitier (6); quoique enfin il veuille par une nouvelle analogie de l'usufruitier avec le cheptelier, que ce dernier supporte sa part de la perte partielle; cependant il se sépare de Coquille, et abandonne les principes de l'usufruit dans le règlement de l'étendue et du mode de contribution. L'usufruitier n'est tenu de remplacer les têtes d'animaux qui ont péri que jusqu'à con-

(1) Ulpien assimilait avec raison les bêtes inutiles aux bêtes mortes, l. 69, D. *De usufr.*

(2) Fenet, t. 14, p. 255. Locré, t. 7, p. 168, n° 53.

(3) Id., p. 277. Id., p. 181, art. 108.

(4) N° 53.

(5) T. 2, n° 401.

(6) Art. 616 C. C.

currence du croît (1). Si le remplacement ne s'opère pas en totalité, parce que le croît n'a pas été assez abondant pour combler la perte, l'usufruitier est quitte : il n'a pas à contribuer à la réparation du vide restant; ce vide demeure pour le compte du propriétaire; au contraire, le cheptelier est tenu, dans tous les cas, de contribuer à toute la perte. Il n'en est pas une seule partie dont il puisse rester exempt. Si la part qu'il a dans les croîts n'est pas suffisante pour couvrir la part qu'il a dans la perte du capital, il doit payer en argent. C'est cette différence grave entre les deux positions que M. Duvergier n'a pas aperçue.

On voit maintenant quel est le système du Code.

1107. Comment se défend-il aux yeux de la raison? Le premier point de vue, celui qui rend le preneur étranger à la perte totale, trouve une facile explication dans les observations que voici :

La chose appartient au bailleur seul; elle doit périr pour lui seul (2). De plus, la chose fait la matière du contrat, et son extinction résout la convention. Serait-il juste que le preneur supportât une part de la perte arrivée sans sa faute, lorsque l'extinction absolue lui ôte tout espoir et tout moyen de réparer le désastre (3)?

1108. Le second point de vue ne repose pas sur des raisons aussi frappantes.

On conçoit bien, en effet, que l'usufruitier doive réparer, jusqu'à concurrence des croîts, les vides du troupeau; c'est là l'obligation du bon père de famille qui jouit dans un esprit de conservation; Virgile la recommandait à l'agriculteur soigneux comme une condition de la bonne administration des troupeaux.

Semper enim refice : ac, ne post amissa requiras,
Anteveni, et sobolem armento sortire quotannis (4).

L'usufruitier qui jouit à la place du propriétaire (5) et comme le propriétaire lui-même, ne doit donc pas négliger ce devoir.

Je conçois encore qu'il doive en être de même dans l'administration du cheptel. La société formée entre le bailleur et le preneur à la jouissance du troupeau; elle doit en supporter les charges. Or, la substitution de jeunes bêtes aux bêtes inutiles ou mortes, est une charge naturelle du croît; le croît n'est réellement un bénéfice partageable que déduction faite de cette réparation d'entretien, qui est la loi commune de toute bonne administration. Que la société cheptelière supporte donc cette charge, elle qui doit aussi administrer comme le font les bons pères de famille. Que le croît ne soit mis au compte des bénéfices qu'autant qu'ils auront payé cette dette de la jouissance. Que le preneur, par conséquent, supporte, jusqu'à concurrence de sa part dans les croîts, l'obligation de maintenir le troupeau en bon état. Mais pourquoi aller au delà de cette obligation? Pourquoi soumettre le cheptelier à une responsabilité plus sévère que l'usufruitier? A-t-il des droits plus étendus que ce dernier? A-t-il des bénéfices auxquels l'usufruit ne puisse prétendre?

Dira-t-on qu'on a voulu l'intéresser autant que possible à la conservation de la chose (6)? Mais, c'est supposer que la perte peut arriver par la faute du preneur, et la loi raisonne au contraire dans l'hypothèse de la force majeure qui exclut toute faute.

Dira-t-on, en démembrant la doctrine de Pothier, que la part de responsabilité du preneur est la compensation des profits qu'il a dans le croît et les laines (7)? Mais alors il faut qu'il soit soumis à la contribution, autant dans le cas de perte totale que dans le cas de perte partielle. Car si les laines et le croît sont trop pour lui dans un cas, pourquoi n'est-ce pas trop dans l'autre? Pourquoi deux poids et deux mesures? Pourquoi la base du contrat, qui devrait toujours rester la même en présence des événements qui viennent atteindre les parties, varie-t-elle ainsi d'un cas à l'autre?

Dira-t-on enfin, que quand il reste une partie du troupeau, le preneur a l'espoir (espoir souvent rempli) de réparer le déficit au moyen des laines, du croît et de l'amélioration de ce qui n'a pas péri (8)? Mais d'abord, cette explication manque de justesse, dans le cas où le sinistre arriverait peu de temps avant la fin du cheptel, et lorsque toute réparation est impossible. Ensuite, vous M. Mouricault, qui nous tenez ce langage, après l'avoir emprunté à Coquille pourquoi donc faites-vous porter la réparation au delà des forces du croît? Ne voyez-vous pas que votre explication, qui serait excellente, appliquée à l'usufruitier, est détestable dans le système tout différent appliqué au cheptelier; système qui veut que, le croît manquant, le rétablissement du troupeau ou la réparation du dommage se fasse aux dépens de celui qui n'a pas part à la propriété, et cela quand le propriétaire est là à côté, jouissant de la chose et se déchargeant sur autrui d'un dommage qu'il devrait supporter?

1109. J'avoue donc que cette combinaison du Code ne me paraît pas logique. J'aurais préféré celle de l'auteur des *Conférences sur l'usure*, ou plutôt de Coquille.

1110. Si elle n'est pas logique, elle n'est pas bonne en économie. Elle ajoute aux charges d'une pauvre et pénible industrie. Bien plus, elle conduit à cette conséquence bizarre et vraiment subversive, savoir, qu'en cas d'incendie ou d'épizootie, le preneur a un intérêt tout à fait opposé à ses devoirs; car si tout le bétail périt, il est sauvé d'une contribution onéreuse. Si au contraire quelques bêtes échappent, il faut qu'il entre en partage de la perte, et qu'il en paye une partie à ses propres dépens!

1111. Mais quelque vicieuse que soit la loi, elle existe, il faut s'y soumettre : *Dura lex, sed lex est.* Seulement, que le cheptelier sache qu'elle ne lui est pas favorable, et qu'il est de son intérêt de se sauver de ses rigueurs par une stipulation qui le soumette aux obligations pures et simples de l'usufruitier. L'art. 1803 semble prévoir qu'il sera quelquefois utile aux parties d'échapper aux combinaisons de la loi par des arrangements plus en harmonie avec de certaines positions. C'est à elles à en profiter. Les cheptelliers devront être plus attentifs encore sur ce point, dans les provinces où les pâturages sont maigres et rares, et où la nourriture des troupeaux coûte de si grands frais; on sait qu'un sage écrivain, Pothier (9), pensait que dans ces pays la contribution à la perte, même partielle, n'était pas juste. De leur côté, les propriétaires qui ne voudront pas abuser de l'ignorance ou des besoins de pauvres paysans, devront se prêter

(1) Art. 616.
(2) Art. 1867 C. C.
(3) M. Mouricault (Fenet, t. 14, p. 345). Locré, t. 7, p. 208, n° 21.
(4) *Géorgiq.*, lib. 3, v. 70.
(5) Art. 578 C. C.
(6) M. Duranton, *Louage*, n° 274.
(7) Duvergier, t. 2, n° 401.
(8) M. Mouricault (Fenet, t. 14, p. 345). Locré, t. 7, p. 208, n° 21.
(9) *Supr.*, n° 1099.

avec facilité à des conventions, qui, en rendant leur industrie plus facile, contribuent à ses succès et tournent ainsi à l'avantage commun.

1112. L'art. 1810 suppose que les parties sont en fin de bail lorsqu'elles règlent la perte. C'est ce qui résulte particulièrement de ces expressions : *Et celui de l'estimation à l'expiration du cheptel.* Mais avant d'arriver à ce moment, le troupeau peut se trouver diminué dans le temps intermédiaire, par des pertes imprévues. Que doit-on faire alors pour les combler? Doit-on procéder comme si le bail expirait?

Je ne le crois pas. On se borne à remplacer par le croît les déficit du troupeau, comme on le fait dans l'usufruit (1); car on espère que ce moyen de réparation portera des fruits assez heureux pour rendre au troupeau sa vigueur et sa valeur avant que l'opération ne soit terminée.

Article 1811.

On ne peut stipuler :

Que le preneur supportera la perte totale du cheptel, quoique arrivée par cas fortuit sans sa faute ;

Ou qu'il supportera dans la perte une part plus grande que dans le profit ;

Ou que le bailleur prélèvera à la fin du bail quelque chose de plus que le cheptel qu'il a fourni.

Toute convention semblable est nulle.

Le preneur profite seul des laitages, du fumier et du travail des animaux donnés à cheptel.

La laine et le croît se partagent.

SOMMAIRE.

1113. Des conventions prohibées par la loi en matière de cheptel. Nécessité de cette intervention à cause de la position inégale du cheptelier vis-à-vis du bailleur. Ici la liberté absolue des conventions serait funeste et immorale.
1114. 1° On ne peut stipuler que le cheptelier supportera la perte totale.
1115. Mais on pourrait convenir que toute la perte serait pour le propriétaire.
1116. 2° On ne peut convenir que le preneur aura une part plus grande dans la perte que dans le profit.
1117. Quels sont les profits du preneur?
1118. § Profits que le cheptelier prend par préciput.
1° Les *laitages*.
1119. 2° Les *fumiers*.
1120. 3° Les *travaux* des animaux. Que doit-on entendre par là? Le preneur pourrait-il les louer pour en faire profit?
1121. § Profits que le cheptelier partage avec le bailleur.
1° Les *laines*, le *poil*, les *crins*.
1122. 2° Le *croît*.
Sens complexe de ce mot en cette matière.
1123. Le cuir suit la condition de la bête.
1121. Résumé sur ces profits et pourquoi le législateur a choisi l'art. 1811 pour les détailler?
1125. On ne peut convenir que le preneur, conservant la moitié des bénéfices, supportera plus de moitié dans la perte.
1126. On ne peut convenir non plus qu'en supportant la moitié de la perte, il aura dans les bénéfices moins de la moitié.
Exemples de cette clause prohibée.
1127. On ne peut le soumettre à fournir au bailleur une redevance en lait, fromages, etc., à moins de le dédommager par d'autres profits.
Raison de cette prohibition, qui rentre dans les termes de l'art. 1811.
1128. Réfutation de l'opinion contraire de M. Duvergier.
1129. Réfutation particulière de l'argument qu'il tire de l'article 1819 du C. C.
1130. On peut stipuler que le cheptelier aura moins de la moitié dans les profits, pourvu qu'il ait proportionnellement une part moindre dans les pertes.
Réfutation de l'opinion contraire de MM. Delvincourt et Duranton, qui pensent que la part du cheptelier, dans les profits, ne peut jamais être inférieure à la moitié, même en le dédommageant d'autre part.
1131. La prohibition de l'art. 1811, dont il vient d'être parlé, n'a lieu que dans l'intérêt du preneur. Le bailleur ne peut s'en prévaloir.
1132. Le bailleur ne peut se réserver de faire des prélèvements en fin de bail.
1133. Réponses à quelques doutes sur la justice de cette prohibition.
1134. Le bailleur ne peut s'en réserver, même pendant le cours du bail.
1135. Renvoi pour une autre clause que Coquille déclarait illicite.
1136. Le bailleur ne peut alléguer la nullité du contrat, en se fondant sur l'art. 1811. Ce serait alléguer sa fraude.
1137. La nullité d'une des trois conventions énumérées dans l'art. 1811 ne fait pas tomber le contrat pour le tout.
1138. Mais la nullité étant reconnue, la clause est nulle pour le tout, et l'on rentre dans la fixation légale des bénéfices et pertes. Réfutation de l'opinion contraire de MM. Duranton et Duvergier.

COMMENTAIRE.

1113. Je viens de le dire (2) : la classe des chepteliers est ordinairement ignorante et pauvre. C'était une raison pour que le législateur, qui avait perdu de vue cette vérité dans l'article 1810, fît ici un retour sur lui-même et lui rendît sa protection, au moment où elle court le danger d'être enveloppée dans

(1) *Supr.*, nos 1101, 1108.
(2) No 1111.

d'insidieuses conventions ; il a craint que les propriétaires, guidés par un sentiment avide, n'abusassent de leur simplicité ou de leur faiblesse pour se faire la part du lion ; car *Nulla est fidelis cum potente societas*. La loi s'est donc appliquée à maintenir l'égalité en réprouvant comme illicites certaines conventions de nature à rompre l'équilibre au préjudice du plus faible. Déjà les coutumes en avaient donné l'exemple, non pas par un respect superstitieux pour la doctrine des casuistes qui voyaient de l'usure partout (car lorsqu'elles furent formulées les légistes se tenaient depuis longtemps en garde contre les prétentions et les exagérations ecclésiastiques) (1) ; mais par respect pour cette règle que l'égalité proportionnelle doit présider à un contrat de cette nature et ne doit jamais être blessée au détriment du cheptelier qui est le plus pauvre et dont l'industrie fait prospérer l'association.

Le Code est aussi entré dans cette voie, et en cela il s'est montré juste et impartial. Vainement on dirait que la loi doit éviter d'intervenir d'une manière aussi directe dans les pactes privés ; qu'il faut laisser à l'industrie le soin de se défendre elle-même et de faire sa condition comme elle l'entend. Ce sont là de fort mauvaises théories, qu'il vaut mieux laisser à M. Bentham et à sa *Défense de l'usure* ; n'oublions pas ce qu'est le cheptelier ! rappelons-nous son ignorance, sa position gênée, le besoin qu'il a de faire quelque chose pour vivre et de tout tenter faute de savoir ce qu'il deviendra. Celui qui n'a qu'un seul moyen d'existence a beau connaître la dureté des conditions qui l'attendent dans l'exercice de son industrie ; il a beau savoir (comme le dit M. Gustave de Beaumont du paysan irlandais) qu'*à peine un sur mille réussit dans une pareille entreprise, il consent à tout, et se résigne à jouer à cette cruelle loterie* (2). Or, je dis que la loi qui connaît cette faiblesse de la pauvreté, doit venir à son secours, et la protéger contre l'injuste ascendant que l'homme plus riche et par conséquent plus puissant exerce sur elle ; sinon le législateur tomberait dans une coupable indifférence ; il manquerait à ce qu'attendent de lui la morale et l'humanité.

Voyons donc quelles conventions ont mérité l'animadversion du législateur.

1114. Et d'abord on ne peut stipuler que le preneur supportera la perte totale du cheptel arrivée par cas fortuit et sans sa faute. La coutume de Berry avait prévu la dureté injuste de cette convention ; elle l'avait repoussée. « Tout contrat de bêtes à cheptel, « duquel le bailleur doit prendre profit et émolument « du fruit, s'il est dit en iceux que les bêtes seront « aux périls et fortune du preneur entièrement, et « que le cas fortuit advenant sur icelles, sera sou- « tenu du tout par icelui preneur, sont réputés nuls « comme illicites (3). »

En effet, une telle société serait vraiment léonine. Les chances de bénéfice seraient du côté du plus riche et du plus fort. Les chances de pertes seraient du côté du plus faible.

1115. Mais rien ne s'opposerait à ce qu'on stipulât que toute la perte du cheptel serait pour le propriétaire. Ce serait rentrer dans la règle *Res perit domino* (4).

1116. La convention serait encore inique, si le bailleur stipulait que le preneur aura une part plus grande dans la perte que dans les profits. Notre article a emprunté ce paragraphe à l'article 15 du titre 21 de la coutume de Nivernais ainsi conçu : « S'il y a « autres convenances que les dessusdites par les- « quelles il y ait *inégalité de profits et dommages*, « lesdites convenances sont réputées illicites et les « bailleurs punis comme usuriers. »

1117. Mais pour mieux comprendre cette partie de l'article 1811, il faut insister sur ce que la loi attribue comme profit au preneur ; car on ne peut savoir si sa part est moindre que le taux légal, qu'autant qu'on aura vu préalablement les éléments dont la loi la compose.

Parmi les produits du cheptel il en est qui lui sont attribués exclusivement et hors part ; il en est d'autres dont il ne prend que la moitié.

1118. Les premiers sont :

1° Les laitages, c'est-à-dire le lait et toutes les transformations dont il est susceptible, le beurre, les fromages, la fleurette. Le lait a toujours été placé parmi les fruits d'un troupeau (5) ; il semble qu'à ce titre il devrait être partagé. Mais le cheptelier doit avoir une part réservée pour son travail ; il était naturel de lui donner le lait, qui est journellement à sa disposition et qui est particulièrement un produit de la nourriture qu'il fournit en totalité.

1119. 2° Les fumiers, que les anciens auteurs appelaient aussi les graisses. C'est un profit dont on a toujours tenu grand compte (6) ; la loi le donne au cheptelier par les mêmes raisons, car ils sont aussi le résultat de la nourriture que le cheptelier donne aux animaux.

1120. 3° Le travail des animaux qui est encore compris au nombre des fruits et profits. On peut donner pour exemple, le labeur de la charrue, les transports, *Vectura jumentorum* (7).

Mais le preneur pourrait-il louer à des tiers les labeurs des animaux ? Coquille semble le croire (8) sur le fondement des lois romaines (9). Mais je les ai consultées et je n'y ai rien trouvé de semblable. Je pense au contraire (10) que le preneur qui louerait les animaux confiés à sa garde engagerait sa responsabilité et irait contre l'article 1812 que nous analyserons tout à l'heure. L'article 1811 lui donne le travail des animaux : ce qui est différent du prix commercial qui se retire du louage des animaux ; ainsi le preneur peut bien employer les bestiaux à son propre usage, il peut les faire travailler pour lui. L'intérêt qu'il a à la prospérité du cheptel répond du soin qu'il mettra à ne pas les fatiguer ; mais les livrer à des mains étrangères, qui les excéderont peut-être de coups et d'excès de labeur, c'est ce qui dépasse la limite de ses droits. L'usufruitier aussi profite du travail des animaux, mais il ne peut les louer à d'autres. C'est la décision des lois romaines (11). Pourquoi en serait-il autrement du preneur à cheptel, qui doit, comme l'usufruitier, jouir en bon père de famille ?

(1) V. Coquille, sur Nivernais, t. 21, art. 15. Pothier, n° 29.

(2) T. 1, p. 233.

(3) Art. 11, t. de Chetels, Pothier, n° 24. Coquille, sur Nivernais, t. 21, art. 15.

(4) M. Duranton, *Louage*, n° 276. M. Duvergier, t. 2, n° 404.

(5) Ulpien, l. 12, § 2, D. *De usu et hab.* Caïus, l. 28, D. *De usuris*.

(6) Inst. § 4, *De usu et hab.* L. 7, Cod. *De cursu publico*.

(7) L. 29, D. *De petit. hæred.* (Ulpien).

(8) Sur Nivernais, t. 21, art. 4.

(9) Il cite la loi 29, D. *De petit. hæred.*, et la loi 8, § 1, D. *De reb. auct. jud. proind.*

(10) *Infr.*, n° 1139.

(11) D. 12, § 4, D. *De usu et habit.* M. Proudhon, t. 3, nos 1086, 1087.

1121. Voilà les profits dont le cheptelier jouit sans partage.

Les autres profits doivent être partagés, ce sont :

1° Les laines (1); cette expression doit s'entendre dans un sens étendu, du poil et du crin. Le poil de certains animaux est un fruit de même espèce que la laine des moutons ; il a une valeur moins considérable sans doute, mais il en a une ; le poil de la chèvre, le crin du cheval, sont recherchés pour beaucoup d'usages ; c'est pourquoi Caïus mettait ces choses au rang des fruits du troupeau, et les assimilait à la laine. *In pecudum fructu*, disait-il (2), *etiam fratres est sicut lac* ET PILUS ET LANA.

1122. 2° Le croît, c'est-à-dire ce qui donne au troupeau un accroissement de valeur, soit par la multiplication des têtes, soit par l'augmentation du prix intrinsèque de chacune d'elles.

Le croît se prend ici dans une double signification.

Dans le premier sens, qui est le plus ordinaire, il signifie la multiplication numérique des têtes composant le troupeau, les jeunes bêtes produites par les mères (3) ; sans y comprendre toutefois celles qui sont nécessaires pour réparer les vides du bétail, parce que c'est là une charge nécessaire, une dette qu'il faut déduire des bénéfices (4).

Dans un autre sens, moins usuel, mais admis en matière de cheptel, au témoignage de nos meilleurs jurisconsultes, il se prend pour l'augmentation de valeur qui advient à un animal par une circonstance ou par une autre ; par exemple, quand une génisse devient vache laitière et sert à la propagation de l'espèce ; ou bien quand un bœuf est engraissé dans les herbages (5). En un mot, il embrasse tout accroissement de valeur, et par exemple, le prix des vieilles bêtes que l'on vend après les avoir remplacées par des jeunes pour maintenir le troupeau dans toute sa vigueur.

Cette interprétation du mot *croît* se confirme du reste pleinement par la comparaison de l'art. 1811 avec les expressions de l'art. 1817 : *L'excédant se partage.*

Ainsi donc le croît profite au preneur dans les deux sens (6).

1123. Quant au cuir, il suit la condition des bêtes. Si un animal tombe dans l'excédant partageable, le cuir est une de ses parties dont le cheptelier a la moitié. Mais si un animal fait partie du fonds, le cuir appartient en entier au bailleur qui est propriétaire du fonds (7).

1124. Ces notions, qui se rattachent à l'interprétation des deux derniers paragraphes de notre article, auraient peut-être trouvé une place plus convenable dans l'art. 1804. Mais le texte que nous analysons en a jugé autrement, et nous avons dû nous plier à sa méthode. Au reste, on peut excuser en partie cette espèce de crochet épisodique, en réfléchissant que l'art. 1811 ayant à consacrer le principe que la part du cheptelier dans la perte ne peut être plus forte que sa part dans les profits, a voulu en donner sur-le-champ la portée, en réglant dans le même texte le compte de ces profits.

1125. Maintenant que nous sommes fixés sur les droits du preneur, il sera plus facile d'apercevoir les violations que des conventions injustes essayeraient de faire subir à la règle de l'égalité du profit et du dommage, qui doit toujours subsister du côté du preneur.

Ainsi, si le contrat ajoutait à la part de perte légale, en maintenant la moitié des bénéfices, l'article 1811 serait méconnu. Par exemple, supposez que la convention porte que le preneur supportera les 2/3 de la perte, tandis qu'il n'aura que la moitié des bénéfices, cette convention sera évidemment nulle. Elle ne vaudrait qu'autant que le preneur serait autorisé à prendre les 2/3 dans les profits (8).

1126. De même si on laisse au preneur la moitié de la perte en lui retranchant quelque chose de la part légale des bénéfices, la convention serait inique (9).

C'est ce qui arriverait si on ôtait au preneur une portion de la moitié des laines et du croît (10) ;

Ou bien s'il était dit qu'il sera tenu de céder sa part des toisons au bailleur à un prix inférieur au prix courant annuel (11).

1127. Je mets dans la même classe la stipulation qui obligerait le preneur à fournir au bailleur une prestation en lait, beurre, fromage, fumiers, labeurs.

L'art. 4 de la coutume de Nivernais la proscrivait formellement ; car après avoir dit que *les graisses* (fumiers), *labeurs, laitages des bêtes appartiennent aux preneurs*, elle ajoutait : *hormis en métairies dont sera usé comme l'on a accoustumé* OU QU'IL SERA CONVENU. Ce texte est trop clair pour qu'on puisse équivoquer. Aussi était-il interprété en ce sens prohibitif par Coquille (12) et par Pothier (13). Une telle clause n'aurait pu se maintenir, en dehors du bail de métairie, qu'autant que le preneur aurait été dédommagé par d'autres profits.

Il en est de même sous le C. C. (14). En effet, les articles 1810 et 1811 ont balancé avec une rigueur, souvent trop stricte pour le preneur, ses droits et ses obligations. Sa part a été faite parcimonieusement. Il a, par préciput, les laitages, les fumiers, labeurs ; puis la moitié des laines et des croîts ; le tout pour le payer de ses soins et de ses déboursés, et pour compenser l'obligation si onéreuse de contribuer à la moitié de la perte partielle. Essayez de déranger quelque chose à cette économie, et sur-le-champ le plateau de la balance se relève comme trop léger, vous tombez dans le paragraphe de l'art. 1811, qui défend de stipuler que le preneur supportera, dans la perte, une part plus grande que dans le profit. Tout cela me paraît d'une évidence palpable.

1128. M. Duvergier soutient cependant le contraire, prétendant que le C. C. n'a pas voulu maintenir la prohibition de la coutume de Nivernais.

Et quelles raisons en donne-t-il?

D'abord, suivant lui, l'art. 1811 est conçu de manière à repousser la nullité de la convention ; car, après avoir défendu comme nulles et illicites les trois

(1) L. 28, D. *De usuris.*
(2) Id.
(3) Caïus, l. 28, D. *De usuris.*
(4) Coquille, sur Nivernais, t. 21, art. 4. V. *supr.*, n° 1101, les règles de l'usufruit.
(5) Coquille, sur Nivernais, t. 21, art. 1.
(6) Coquille, sur Nivernais.
(7) Art. 1809. *Supr.*, n° 1093.
(8) Pothier, n° 25.
(9) N° 26.
(10) *Contrà*, M. Duvergier, n° 409. Mais voyez au n° 27 la réfutation de cette opnion.
(11) *Infr.*, n° 1249.
(12) Sur Nivernais, t. 21, art. 4, *in fine.*
(13) N° 28.
(14) *Junge* M. Duranton, *Louage*, n° 277.

conventions qui font l'objet des trois premiers alinéa, il dépose tout à coup son langage prohibitif, quand il en vient au droit du preneur sur les laitages, fumiers et labeurs. Il n'emploie plus qu'une formule énonciative.

Mais cette objection, que M. Duranton s'était proposée avant M. Duvergier, et qu'il avait trouvée mauvaise, ne me paraît pas plus admissible qu'à lui.

Qui ne voit en effet que lorsque l'art. 1811 en est venu à l'attribution des laitages, fumiers et travaux, il n'avait plus de sanction pénale à prononcer; que tout était dans le paragraphe deuxième, qui veut que la part de profit marche sur le pied d'égalité avec la part de perte? Comment donc! vous ne touchez pas à la part légale dans les pertes; elle reste fixée à moitié, comme le veut la loi; vous touchez seulement à la part légale des bénéfices, dont les laitages, fumiers et travaux font partie; vous la mettez, cette part, au-dessous du taux fixé par la loi, et vous ne voyez pas que le preneur *supporte*, dès lors, *dans la perte une part plus grande que dans le profit!* Je me sers des termes du § 2 de l'art. 1811.

Non! le paragraphe relatif aux laitages ne prononce pas de nullité. Mais c'eût été un luxe inutile de dispositions prohibitives. C'eût été charger la loi d'un flux de paroles rédondantes. Ce paragraphe de l'art. 1811 n'avait qu'un but, à savoir : de fixer une portion de la part du preneur dans les bénéfices, de cette part, qui, d'après le § 2, ne peut être amoindrie sans qu'on diminue la part dans la perte. Donc, le paragraphe relatif aux laitages, etc., etc., tire sa force du § 2, en même temps qu'il l'explique et le définit. Après cela, inutile d'insister sur ces mots : *Le preneur profite* SEUL des laitages. Leur sens est maintenant bien manifeste.

1129. Ce qu'il y a de moins logique encore à mon sens dans la doctrine de M. Duvergier, c'est qu'il pense trouver une raison *manifeste* de décider dans l'art. 1819 relatif au cheptel à moitié; tandis qu'au contraire cet article ajoute de nouveaux moyens à la condamnation de son opinion. Il porte en effet : *Le preneur profite* SEUL COMME DANS LE CHEPTEL SIMPLE (notez bien ces mots), *des laitages, du fumier et des travaux des bêtes.*

Puis il ajoute un peu plus bas.

Toute convention contraire est nulle.

Remarquons d'abord qu'ici il n'était rien moins qu'inutile d'écrire une sanction pénale, parce que l'art. 1819 n'est pas, comme l'art. 1811, composé de paragraphes ayant une vertu prohibitive.

Ensuite, faisons attention à cette assimilation du cheptel à moitié au cheptel simple pour l'attribution des laitages, fumiers et labeurs; elle est frappante, décisive. Je dirai même, comme Cujas, qu'elle est *plenissima juris*. Et en effet, si vous admettez avec M. Duvergier que dans le cheptel simple on peut enlever au cheptelier une partie de ces profits, tandis que dans le cheptel à moitié on ne le peut pas, qu'arrive-t-il? C'est que l'assimilation cloche. Le preneur à moitié n'est plus sur la même ligne que l'autre. Il a des droits plus fermes et plus inébranlables. En un mot, il ne profite pas des laitages, fumiers et labeurs, *comme dans le cheptel simple;* il en profite avec des garanties plus fortes, plus étendues; il en profite toujours, sans exception, sans partage, au lieu que le cheptelier simple n'en profite pas toujours sans exception et sans partage. Est-ce là ce que la loi a voulu dire? elle qui ajoute dans l'article 1820 : « *Toutes les* « AUTRES RÈGLES *du cheptel simple, etc.!* » donc la règle écrite dans l'art. 1819 est aussi une règle du cheptel simple.

C'est cependant en présence de ces art. 1819 et 1820, c'est en présence de cette parité établie par eux entre le cheptelier simple et le cheptelier à moitié, que M. Duvergier aperçoit une raison de faire des différences, et qu'il va jusqu'à conclure que parce qu'la stipulation est défendue dans le cas de l'art. 1819, elle est permise dans le cas de l'art. 1811!

Quant à moi, je crois tout le contraire; je le crois non-seulement parce que la loi l'a dit, mais encore parce qu'elle a dû le dire. Je pense qu'il y a, et que même il doit y avoir parité dans le gain et dans la protection, parce qu'il y a parité dans les charges et dans le risque, comme je le montrerai plus tard (1). En un mot, je pense qu'une similitude si nettement établie dans les personnes et dans les choses ne peut pas dégénérer en dissemblance, et que l'art. 1819 n'a pas chargé son troisième paragraphe de donner un démenti au premier.

Enfin, s'il était besoin d'un nouvel argument pour terminer cette démonstration, on le trouverait dans l'art. 1828, qui permet de stipuler dans le cheptel de métairie que le bailleur aura la moitié des laitages; car à quoi bon cette permission si elle était de droit commun? Cette disposition ne serait-elle pas oiseuse, et par conséquent indigne du législateur? Mais placez-vous dans notre système, et sur-le-champ vous apercevez que l'art. 1828 a un grand sens et une grande utilité; vous le voyez faire entre le cheptel simple et le cheptel de métairie la même distinction que la coutume de Nivernais; et vous n'hésitez plus à croire qu'il a calqué l'ensemble de ses vues sur celles de cette sage coutume!

1130. On aperçoit, du reste, qu'en défendant le cheptelier contre toute convention qui voudrait lui enlever une portion quelconque de la moitié des profits, j'accorde cependant qu'on peut stipuler cette diminution à condition de lui faire une part proportionnellement inférieure dans les risques et les pertes.

Je dois dire néanmoins que cette opinion n'est pas celle de M. Delvincourt. Ce jurisconsulte ne veut pas qu'on puisse jamais réduire le preneur à prendre moins de la moitié dans les profits, alors même qu'on lui assignerait une contribution de moins de moitié dans les risques. S'il n'en était pas ainsi, dit M. Delvincourt, on pourrait aller jusqu'à refuser au preneur toute participation au gain, en ne lui faisant rien supporter sur la perte (2). M. Duranton partage aussi cette opinion (3).

Je ne la trouve pas soutenable.

Tout ce que la loi a voulu, c'est qu'il y eût égalité de bénéfice et de perte; tout ce qu'elle a proscrit, c'est *l'inégalité de profit et de dommage*, pour me servir des expressions de la coutume de Nivernais; mais jamais elle n'a dit qu'il faudrait que la part des bénéfices fût au moins de moitié, et que les parties ne pourraient pas faire descendre la part du cheptelier au-dessous de ce *minimum*, même en diminuant proportionnellement sa contribution aux pertes. Tant qu'il y a association aux profits et pertes dans une mesure quelconque, il y a contrat de cheptel, c'est-à-dire contrat de société pour l'exploitation d'un troupeau. Les parts légales sont sans doute moitié dans les pertes et bénéfices (4); mais la convention peut

(1) *Infr.*, nos 1199 et 1200.
(2) T. 3, p. 206, notes; in-8°, t. 7, p. 253.
(3) *Louage*, n° 276.
(4) Art. 1804, 1811, 1817.

poser d'autres bases, soit en plus soit en moins; l'art. 1805, qui domine tous ceux qui le suivent, le dit positivement. Il suffit qu'il y ait égalité de profit et de dommage (1).

On objecte que si on ne s'arrête pas à ce *minimum* de moitié, les parties pourront aller jusqu'à rendre le cheptelier étranger à tout gain, sauf à le rendre étranger à toute chance de perte. Et pourquoi pas? Où serait le grand mal, la grande violation du Code? Quelle est la loi qui prohibe ce pacte? Sans doute ce ne serait pas un cheptel dans sa pureté; l'élément social y manquerait; ce serait plutôt un contrat de louage d'ouvrage, ou, si vous voulez, un contrat innommé, d'après lequel le preneur fournirait son travail, et nourrirait et logerait les bestiaux, en profitant, en guise de prix, des laitages, des fumiers et des labeurs des bestiaux. Où voit-on encore un coup qu'une telle convention soit nécessairement illicite et réprouvée? Ne rentre-t-elle pas au contraire dans le cercle où la volonté des parties peut librement se mouvoir?

1131. Tout ce que nous venons de dire aux numéros 1116, 1125 et suiv., toutes les précautions dont nous venons de rendre compte n'ont été prises que dans l'intérêt du preneur. Le bailleur ne pourrait pas se prévaloir des dispositions de l'art. 1810; elles n'ont pas été écrites en sa faveur. La raison en est simple et claire. Le preneur est l'agent, l'administrateur de la société; c'est son industrie qui la fait vivre; et cette industrie peut être estimée assez haut pour qu'on convienne qu'elle ne sera équitablement rétribuée qu'autant que le preneur aura dans les bénéfices une part plus grande que dans la perte. Le bailleur ne saurait donc se plaindre. Il est d'ailleurs propriétaire du troupeau, et plus la perte retombera sur lui, plus on rentrera dans le giron du principe, *Res perit domino* (2).

1132. Passons à une autre clause prohibée par l'art. 1811; il veut que le bailleur ne puisse se réserver de prélever à la fin du bail quelque chose de plus que le cheptel qu'il a fourni (3).

Par exemple, s'il était dit que le bailleur prélèverait à son choix ou le montant de la prisée, ou le même nombre de bêtes qu'il a apporté, sans faire raison au preneur de ce qu'elles vaudraient de plus que lors du bail, cette convention serait injuste; car en prélevant en nature le nombre de bêtes fourni par lui, il prendrait l'augmentation de prix survenue depuis le contrat, sans être exposé à souffrir de leur diminution, puisque, ce cas échéant, il serait maître d'opter pour la prisée faite lors du contrat (4).

Ce serait encore une convention inique aux yeux de notre article que celle qui autoriserait le preneur à prendre une ou plusieurs bêtes avant partage, ou même à choisir à son gré celles qui lui conviendraient le mieux.

1133. Quelque évidente que paraisse la justice de cette disposition de l'art. 1811, elle fut cependant critiquée par la cour d'appel de Toulouse qui, dans ses observations sur le projet de Code, disait : « On ne « voit pas d'injustice dans la convention par laquelle « le bailleur se réserverait de prélever, à la fin du « bail, quelque chose de plus que le cheptel qu'il a « fourni (5). »

Je m'étonne de cette critique. Quoi! lorsque tous les économistes s'accordent à reconnaître que l'industrie du cheptelier *est misérable* (6); lorsque la loi, déjà trop rigoureuse dans la balance des droits respectifs, grève les siens d'une part contributive dans la perte partielle d'un fonds de bétail qui ne lui appartient pas, l'on voudrait que le propriétaire vînt pressurer par de nouvelles charges ce pauvre pasteur qui donne des soins, des logements, la nourriture au troupeau; l'on voudrait que le propriétaire pût prendre plus que ce qu'il a fourni, et que non content des profits que la loi lui assigne, il enviât au moins riche des deux les petits bénéfices de sa petite spéculation!

1134. Mais la convention serait-elle contraire à l'égalité proportionnelle, si, non pas à la fin du bail, mais pendant sa durée, elle autorisait le bailleur à des prélèvements excédant sa moitié dans les bénéfices?

L'affirmative est incontestable; on retomberait dans la prohibition dont nous avons rendu compte aux nos 1125, 1136 et suivants.

1135. Outre les clauses prohibées que nous venons de passer en revue, il en est une dernière qui ne rentre pas dans le cadre de notre article et que Coquille condamne comme injuste et illicite. C'est celle qui donnerait au bailleur le droit de demander la dissolution de la société, à son bon plaisir, sans réciprocité. Mais ce point se rattache au commentaire de l'art. 1815. C'est là que nous l'examinerons.

1136. Ce qui doit être rappelé sur-le-champ, c'est que la nullité prononcée par l'art. 1811 est purement relative au preneur et qu'elle ne peut être invoquée par le bailleur. Cette vérité est de toute évidence; car la loi présume la fraude; elle suppose que le preneur a été victime de manœuvres usuraires employées par le bailleur. Ce dernier devra-t-il être admis à alléguer sa propre turpitude (7)?

1137. Mais comment opère la nullité, quand le cheptelier la demande? Cette question en contient deux qu'il faut examiner.

Et d'abord le cheptel est-il nul pour le tout?

Je ne le pense pas. L'article 1811 déclare nulle la convention qui brise l'égalité; mais il ne renverse pas les autres parties du contrat. Il n'imite pas le langage de la coutume de Berry, qui déclarait le CONTRAT *de bestes à cheptel, nul comme illicite* (8); il ne parle que de la nullité de la convention relative à une fixation inégale de la part du cheptelier dans le profit et dans la perte. En effet, la rigueur de la coutume de Berry était inutile; car la clause nulle étant effacée, il reste la disposition de la loi qui règle les parts sur le pied de l'égalité. Telle est, ce me semble, la conséquence de l'art. 1805, portant qu'à *défaut de convention le contrat se règle par les principes qui suivent*. La convention sur les parts manque ici, puisque la loi la déclare nulle. Il y a *défaut de convention*, pour parler comme l'art. 1805. Dès lors que reste-t-il à faire, sinon à rentrer dans la société légale? Ainsi j'aurais de la peine à croire que le cheptelier pût demander la résolution du contrat; ce remède n'est pas nécessaire; il y a un moyen simple de concilier ses droits avec le maintien du contrat; c'est de ramener les parties à l'égalité consacrée par la loi. Ce moyen doit être préféré (9).

(1) *Junge* M. Duvergier, t. 2, no 405.
(2) *Supr.*, no 1115.
(3) Pothier, no 27.
(4) Id.
(5) Fenet, t. 5, p. 611.

(6) M. Say, t. 2, p. 74.
(7) *Contrà*, M. Delvincourt, t. 3, notes, p. 205; in-8o, p. 254.
(8) Art. 11, t. 17.
(9) *Contrà*, M. Duranton, *Louage*, no 279.

1138. La solution de cette première question nous conduit à la seconde.

Pour la comprendre, prenons un exemple. Le bail porte que le preneur aura les 5/8 des profits, mais qu'il supportera les 6/8 de la perte. Le bail s'exécute jusqu'à la fin; mais au partage, le preneur montre qu'il a été grevé d'une part trop forte dans la perte, et soutient qu'il doit avoir les 6/8 des profits en supportant les 6/8 de la perte. Au contraire, le bailleur, tout en convenant de l'inégalité qui vicie la clause, dit que l'effet de la nullité est de la faire tomber pour le tout; qu'elle ne peut pas subsister pour le chiffre des bénéfices, alors qu'elle est considérée par la loi comme nulle; qu'ainsi le partage doit se faire par moitié.

MM. Duranton (1) et Duvergier (2) condamnent cette prétention du bailleur; elle me semble néanmoins fort légitime.

La convention se compose de deux membres; la fixation de la perte, et la fixation du profit. Ces deux membres sont tellement liés ensemble, tellement inséparables, que l'on ne peut juger de la légalité de la convention sans les peser l'un et l'autre en même temps, dans chacun des plateaux de la balance. Ainsi, par exemple, dans l'espèce, ce qui fait que le règlement de la perte aux 6/8 est excessif pour le preneur, c'est qu'il est au dessus du chiffre de ses profits. Il y a donc là deux termes qui se balancent l'un par l'autre et que l'on ne peut raisonnablement séparer.

Or, que dit l'article 1811? Il condamne la convention pour le tout; il la déclare nulle, et cependant, l'opinion contraire à celle que je défends, la laisse subsister pour partie; le mot est même échappé à M. Duranton. « On ne doit pas, dit-il, *annuler* UNE « PARTIE *utile d'une clause, à raison* D'UNE PARTIE *inu-* « *tilement convenue!* » M. Duranton convient donc que c'est là une partie de la clause; mais encore une fois cette partie ne peut rester debout puisque la clause entière est réprouvée par la loi.

Pourquoi l'article 1811 l'annule-t-il en totalité? La raison en est simple. C'est que s'il laissait subsister l'un des termes sans l'autre, on ne trouverait plus l'union des deux volontés nécessaires pour former un contrat; le consentement y manquerait. Le bailleur, en effet, n'a consenti à donner au preneur les 5/8 dans les profits que parce qu'il s'était chargé des 6/8 des pertes; l'un des termes était la condition de l'autre; mais si vous changez ces rapports arithmétiques, vous faites autre chose que ce que les parties ont voulu, sans mettre à la place la combinaison que la loi a équilibrée. Ainsi, la position que vous assignez aux parties est bâtarde; elle n'a pour elle ni le calcul des parties contractantes, ni le calcul de la loi.

Sans doute c'est la faute du bailleur d'avoir consenti à un pacte illégal; il devait savoir qu'il était prohibé; mais ce n'est pas une raison pour y substituer un arrangement qui n'aura pour lui le consentement de personne. Contentez-vous de lui imposer les combinaisons de la loi; car celle-là il est censé l'avoir eu présente à la pensée, même lorsqu'il la méconnaissait, et avoir prévu qu'elle prendrait la place de l'autre.

M. Duranton invoque ensuite la maxime *Utile non vitiatur per inutile*. Je n'en comprends pas l'application. Je ne vois ici rien d'utile, rien de substantiel, rien qui se suffise à soi-même. Je vois deux termes d'une même convention qui s'écroulent dans la même ruine que la convention qu'ils constituent.

Notre auteur, après avoir en quelque sorte avoué, comme on vient de le voir, que la convention sur les profits et la convention sur les pertes sont *des parties d'une même clause*, cherche ensuite à les diviser et à en faire autant de clauses distinctes. Mais, là encore, il échoue dans ses efforts, et sa parole le trahit lui-même. Car il lui échappe de dire de nouveau *la partie de la clause contraire à la loi.*

Puis il ajoute : La fixation des profits n'est pas contraire aux dispositions de la loi; il n'y a de contraire au Code que *la partie de la clause* qui règle la part dans les pertes. Or, supposez que les contractants aient fixé la part des bénéfices du preneur à 5/8 et qu'ils aient gardé le silence sur les pertes. La part dans les pertes serait de moitié. Eh bien! l'on convient que, dans ce cas, le bailleur n'aurait pu demander la rectification de la clause relative à la fixation des parts dans le profit (3). Il n'aurait pu demander qu'elle fût ramenée à l'égalité; car l'art. 1811 n'est pas fait dans son intérêt. Pourquoi donc le pourra-t-il quand il a méconnu les dispositions de la loi?

Ce raisonnement tient à une confusion d'idées.

Non! le bailleur ne pourrait pas demander la rectification de la clause relative aux bénéfices, si les parties s'en étaient rapportées, pour la fixation de la part du preneur dans la perte, aux dispositions de la loi. La raison en est bien simple. Il y aurait dans ce cas accord réfléchi, convention libre sur un point prévu et autorisé. Le bailleur aurait volontairement accordé d'avance au preneur une part plus grande dans les profits que dans la perte. Une telle combinaison est tout à fait légale. Car ce n'est pas en faveur du bailleur qu'a été établie la règle de l'égalité.

Mais dans notre espèce, c'est tout autre chose; car ce qu'on voudrait faire peser sur le bailleur, ce serait précisément une combinaison qui n'aurait pas eu son adhésion préalable. Du reste, nous ne disons pas que la clause est nulle, parce que le preneur prend plus dans les profits qu'il ne doit supporter dans la perte. Nous ne faisons pas demander au bailleur la nullité de la convention. Non! mais nous disons : Le preneur a demandé la nullité de la clause. Quelles en sont les conséquences légales? C'est l'anéantissement de la clause par le contrat. Or, il ne doit pas être permis au preneur de scinder les effets de la nullité; il ne doit pas en retenir une partie en répudiant l'autre. Le bailleur est fondé à lui objecter : Vous avez voulu la nullité de la convention. Eh bien! suivez-en les conséquences jusqu'au bout. Surtout ne venez pas m'imposer une position que nous ne nous sommes pas faite, qui n'a pas été prévue, discutée, et qui ne résulte ni d'une convention ni de la loi!

(1) *Louage*, n° 279.
(2) T. 2, n° 410.
(3) *Supr.*, n° 1131.

ARTICLE 1812.

Le preneur ne peut disposer d'aucune bête du troupeau soit du fonds, soit du croît, sans le consentement du bailleur, qui ne peut lui-même en disposer sans le consentement du preneur.

SOMMAIRE.

1139. Sens étendu dans lequel s'entend le mot *disposer*, employé par l'art. 1812.
Le preneur ne pourrait vendre la chose arrière du maître, sans commettre un abus de confiance.
1140. *Quid* si le preneur prétend que le maître refuse son consentement sans motif raisonnable?
1141. Le preneur peut profiter de sa part des croîts après qu'ils ont été partagés.
1142. Action en dommages et intérêts contre le preneur qui contrevient à l'art. 1812.
1143. Mais le bailleur aurait-il le droit de suite sur les bêtes vendues ou détournées?
Il l'avait, d'après les coutumes qui avaient réglé le cheptel.
1144. *Quid* dans les coutumes muettes sur le cheptel?
1145. Variété d'opinions dans l'ancien droit sur la revendication des meubles.
1146. Rédaction primitive du projet de Code civil sur la revendication du cheptel.
1147. Remaniement par la section de législation. Observations du tribunat.
1148. Harmonie du titre du cheptel avec les art. 2279 et 2280 du Code civil. — Abolition du droit de suite des animaux vendus.
1149. Le bailleur ne peut non plus disposer des bêtes du fonds sans le preneur.
1150. Ni du croît avant le partage.
1151. Des droits du créancier du bailleur sur le cheptel.
Ancienne jurisprudence.
1152. Raisons qui doivent faire décider, sous le Code civil, que le cheptel ne peut être saisi que sauf les droits du preneur.
1153. Suite.
1154. Suite.
1155. Des droits des créanciers du preneur sur le cheptel.
1156. Le bailleur qui s'oppose à la saisie qu'ils opèrent, doit-il produire un titre authentique?

COMMENTAIRE.

1139. L'un des associés ne peut disposer, sans le consentement de l'autre, de la chose mise en commun ni de ses produits. Dès lors, aucune des bêtes du troupeau ne peut être vendue, donnée, prêtée, louée (1), en un mot, détournée de sa destination par le cheptelier, si le propriétaire n'y donne son agrément. Les bêtes du fonds sont la propriété exclusive du bailleur, d'après l'art. 1805; le preneur est chargé de les garder (articles 1800-1804), et de les représenter à la fin du bail (art. 1817), il leur doit tous les soins d'un père de famille diligent; il se rendrait donc coupable d'un grave abus de confiance, s'il se permettait de les soustraire au droit de propriété du bailleur. Quant au croît, il n'est au cheptelier que pour moitié; le bailleur a droit à l'autre moitié; c'est un bien commun qui doit se partager (art. 1810). Les mêmes motifs s'opposent donc encore à ce que le preneur en dispose. Il doit se dire, en cas de tentation, comme le berger de Virgile :

De grege non ausim quidquam deponere tecum (2).

Cette règle était écrite dans les coutumes anciennes. Celle de Berry (3) disait : « Les preneurs ne peuvent vendre les bêtes par eux prinses, soit à cheptel « à moitié ou autrement, *si ce n'est* DU VOULOIR *et consentement exprès* du bailleur; et s'ils font le contraire, « *sont amendables envers justice à discrétion d'icelle*, « et sont aussi tenus aux maîtres en tous dommages et intérêts. » Le Code civil n'a pas répété ces dispositions pénales; mais le Code pénal s'est chargé de pourvoir à son silence, il punit pour abus de confiance le cheptelier qui détourne les bêtes confiées à ses soins. Il est vrai que ceci a fait difficulté sous le Code pénal de 1810 (4). Mais on ne peut plus en douter sous le nouveau.

1140. Si le maître refusait son adhésion à une vente prétendue utile, les tribunaux pourraient-ils se rendre juges de l'opportunité? J'en doute. L'esprit de la loi n'a pu être d'ouvrir aux parties l'arène judiciaire sur des objets de peu d'importance. Il y aurait plus d'inconvenance peut-être à permettre de redresser le tort qu'à le laisser passer inaperçu; d'ailleurs le bailleur est propriétaire exclusif du fonds et copropriétaire du croît. Pourquoi le forcerait-on à aliéner malgré lui ce qui lui appartient? Son intérêt ne sera-t-il pas un garant suffisant qu'il ne portera pas de caprice dans sa détermination? Ne serait-ce pas un de ces cas où le pouvoir de refus du propriétaire est purement arbitraire comme celui d'un locateur de maison qui n'a permis de sous-louer qu'avec son consentement, et qui peut refuser de le donner, alors même qu'on lui présenterait un sous-locataire idoine (5)? J'avoue que cet avis me paraît plus sage que l'opinion contraire de M. Duranton (6), suivie par M. Duvergier (7); ce qui achève de me confirmer dans cette manière de voir, c'est que l'art. 89 du projet de Code civil soumis aux cours d'appel, avait une disposition qui autorisait le cheptelier à se pourvoir en dommages et intérêts contre le bailleur qui se serait refusé à une vente avantageuse, et que cette partie de l'article a été retranchée lors de la rédaction définitive. J'ajoute enfin que ces mots *du vouloir et consentement* dont se servait la coutume de Berry, achèvent d'indiquer que la loi s'en est toujours rapportée à la discrétion du bailleur.

1141. Lorsque les croîts ont été partagés, il n'y a pas de doute que le preneur ne puisse disposer comme

(1) *Supr.*, n° 1120.
(2) *Églog.* 3, vers 32.
(3) Art. 7.
(4) Cassat. 5 octobre 1820 (S., 21, 1, 20).
(5) *Supr.*, n° 138.
(6) *Louage*, n° 283, d'après Pothier, n° 36.
(7) T. 2, n° 413.

il l'entend, de la part qui lui est échue (1); elle est tombée dans son domaine de propriété.

1142. Si le cheptelier manquait à l'obligation que lui impose notre article, le bailleur pourrait demander la résolution du contrat, ou des dommages et intérêts.

1143. Mais aurait-il un droit de suite contre les acheteurs des bêtes aliénées?

Dans l'ancien droit français, plusieurs coutumes consacraient expressément ce droit de suite comme la sanction nécessaire du droit de propriété.

« Et pourra au cas susdit le bailleur, disait la cou-« tume de Berry(2), poursuivre lesdites bêtes et les « faire arrêter sur l'acheteur; et lui seront délivrées « par provision en baillant caution, en faisant par lui « apparoir sommairement qu'elles lui appartiennent; « et néanmoins l'acheteur, s'il est prouvé qu'il sçût « que lesdites bêtes eussent été baillées à cheptel à « celui qui les aura vendues, sera puni selon droit et « raison. »

Ce droit de revendication existait, non-seulement pour les chefs, propriété exclusive du bailleur, mais encore pour les croîts dont il a la moitié (3); il pouvait l'exercer même après plusieurs années (4). Les ventes judiciaires, quelque sacrées qu'elles fussent en général, n'étaient pas suffisantes pour mettre l'acheteur à l'abri de la revendication (5); il en était de même des ventes faites en foire (6). L'acheteur devait rendre la bête achetée de bonne foi sans que le bailleur fût tenu de rendre le prix (7).

La coutume de Nivernais portait des dispositions semblables à ces usages coutumiers du Berry (8), qui n'étaient qu'une conséquence des principes suivis dans cette province en matière de prescription des meubles. J'ai dit ailleurs qu'en Berry il fallait trente ans pour convertir la possession d'un objet mobilier en domaine de propriété (9).

1144. Dans les pays qui n'avaient pas de dispositions expresses sur le cheptel, Pothier pensait que le bailleur était armé du même droit, même à l'égard des ventes faites en foire (10). Mais il refusait la revendication contre celui qui avait acquis en justice, d'après la maxime : *Nec enim convelli debet judicialis hastæ fides.* Du reste, il avoue lui-même qu'à l'égard des ventes faites en foire, son sentiment n'était pas général. Et en effet, Beaumanoir nous apprend que par les coutumes de Beauvoisis (11), l'acheteur en foire n'était tenu de rendre la chose au revendiquant, qu'autant que celui-ci rendait l'argent. (12) Et cette opinion était suivie par Godefroy (13), par Coquille (14), par Brodeau (15), etc., etc.

1145. Si l'on se reporte à ce que j'ai retracé dans mon Commentaire de la *Prescription*, de notre ancien droit français sur l'acquisition des meubles par prescription (16), on verra que la question du droit de suite du cheptel ne pouvait recevoir une solution uniforme. Il y avait à cet égard des systèmes trop divers, et l'on y était trop peu d'accord sur la règle : *En fait de meubles la possession vaut titre.* Pothier lui-même n'avait aucune idée arrêtée sur l'autorité de cette maxime (17), et il n'est pas étonnant qu'il l'ait perdue de vue dans son traité *des Cheptels*, la faisant fléchir sous la puissance du droit de revendication.

1146. Elle avait été également méconnue dans le projet de C. C. soumis aux cours d'appel. Quatre articles avaient été consacrés à l'organiser. Il est nécessaire de les connaître.

« Art. 89. Le preneur ne peut disposer d'aucune bête du troupeau sans le consentement du bailleur.

« Si néanmoins, après une sommation faite par le preneur au bailleur, celui-ci refuse son consentement à une vente avantageuse, le preneur pourra se pourvoir contre lui en dommages et intérêts. »

« Art. 90. Si le preneur vend des bêtes du cheptel, sans le consentement du bailleur, *celui-ci peut les revendiquer des mains de l'acheteur ou autre tiers possesseur;* pourvu que le cheptel soit prouvé par acte authentique, ou devenu authentique avant la vente. »

« Art. 91. Si, dans le cas de l'article précédent, la vente a été faite d'autorité de justice, le bailleur ne pourra point revendiquer le cheptel, à moins qu'il n'ait formé son opposition à la vente. »

« Art. 92. Si, dans le même cas, la vente a été faite dans une foire ou marché, le bailleur ne pourra revendiquer le cheptel qu'en remboursant à l'acheteur le prix de la vente (18). »

Ces dispositions furent trouvées sages et légales par les magistrats appartenant aux provinces où l'on suivait la jurisprudence qui permettait de suivre les meubles contre les tiers possesseurs qui n'en avaient pas acquis la propriété par la prescription.

La cour royale de Bordeaux, en reconnaissant que ce droit de revendication *est conforme à la justice*, demanda qu'il fût fixé un délai pendant lequel le bailleur serait admis à l'exercer (19).

La cour de Toulouse alla même beaucoup plus loin : trouvant le projet trop peu favorable au propriétaire, elle demanda que le bailleur qui aurait confié un cheptel simple à un colon partiaire, ne fût pas préjudicié par une vente judiciaire qui en aurait été faite à son insu.

« Cette disposition, disait-elle (celle de l'art. 91), cette disposition serait applicable au propriétaire de la métairie, à l'égard du cheptel par lui baillé au colon partiaire, puisque toutes les règles du cheptel simple sont rendues communes par l'art. 108 (1830) au

(1) Pothier, n° 37.
(2) Art. 8.
(3) La Thaumassière, sur Berry, art. 8. Pothier, n° 41.
(4) Id.
(5) Berry, art. 10. Nivernais, art. 16.
(6) Pothier, n° 48.
(7) Id., nos 47 et 48.
(8) T. 21, art. 16.
(9) Mon Comm. de la *Prescription*, n° 1041.
(10) L'ancienne coutume de Bretagne était formelle, art. 199. Voir ce que j'ai dit du droit qu'on y suivait pour la prescription des meubles, *loc. cit.*, n° 1041.
(11) Qu'il rédigea en 1283, chap. 25.
(12) « Se chil qui a la chose, l'achete el marchié quemun... en « cel cas, chil qui poursuit la chose que il perdit ou qui lui fut « emblée, *ne la raura pas se il ne rend l'argent que li acheteures en paya.* Car puisqu'il l'acheta sans fraude et en marchié, « il ne doit pas recevoir la perte de son argent pour autrui « meffait. Mais s'il l'avait achetée hors du marchié par mendre « prix que la chose ne vauroit, la tiers ou la moitié, et il ne pou-« voit trouver son garant, li demandieres rauroit sa chose, sans « l'argent de la vente payer, par ce l'en doit avoir grand pre-« somption contre chaus qui ainssint achatent. »
(13) Sur la loi 2, C. *De furtis.*
(14) Sur Nivernais, t. 26, art. 16, *des Cheptels.*
(15) Sur Paris, art. 176.
(16) Nos 1041 et suiv.
(17) V. mon Comment. de la *Prescription*, nos 1041, 1054 et 1058.
(18) Fenet, t. 2, p. 363.
(19) Id., t. 3, p. 203.

cheptel donné au colon partiaire, et qu'on ne trouve pas d'exception à cet égard dans la distinction 2 de cette section.

« Il serait injuste que le propriétaire ne pût revendiquer le cheptel placé dans sa métairie, parce qu'il n'aurait pas fait opposition à la vente qui en aurait été faite, à son insu, d'autorité de justice : il semble que le créancier du colon devrait, du moins, notifier la saisie au propriétaire de la métairie.

« Dans tous les cas, celui-ci devrait être autorisé à revendiquer ses bestiaux en rendant le prix (1). »

1147. Mais lorsque la section de législation remania le travail originaire sur lequel les cours avaient été consultées, elle s'aperçut que ces dispositions étaient en opposition avec la règle : *En fait de meubles la possession vaut titre*, que l'art. 2279 voulait généraliser. Et dès lors disparurent les art. 90, 91, 92. Ce retranchement a une signification énergique. Il ne laisse pas de doute sur la véritable pensée du législateur.

Ce qu'il y a de plus singulier et prouve de plus en plus combien les esprits étaient encore peu faits aux principes de l'art. 2279, c'est que le tribunat proposa par un amendement de restituer les articles éliminés ! Mais le conseil d'État était préparé ; il se garda d'une surprise, et la proposition du tribunat n'eut pas de suite (2).

1148. Ainsi donc les articles 2279 et 2280 renversent tout le système des coutumes et celui de Pothier. Le droit de suite est aboli ; on ne pourrait le faire revivre sous couleur de vol imputé au cheptelier qui aurait vendu les bêtes confiées à sa garde. Le cheptelier ne commet pas un vol, il se rend coupable d'un abus de confiance punissable ; mais l'abus de confiance n'est pas un cas d'exception à l'art. 2279 (3).

1149. Par une juste réciprocité, le bailleur ne peut disposer, sans le consentement du preneur, d'aucune bête du fonds, il a contracté l'obligation de faire jouir le preneur pendant toute la durée du bail s'il ne mésuse pas ; un manquement à cette promesse ne pourrait venir de son fait sans une violation flagrante de la loi du contrat. Ce serait un trouble donnant lieu à garantie (4).

1150. Quant au croît, c'est une chose commune dont il n'est pas plus maître que le preneur et dont il ne peut disposer sans le concours de ce dernier.

1151. Mais ses créanciers auront-ils le droit de saisir le cheptel entre les mains du preneur ?

Cette question était diversement résolue dans l'ancien droit.

Coquille, cherchant à mesurer les droits des créanciers sur le droit du bailleur, disait que ceux-là ne pouvaient faire ce qui était défendu à celui-ci ; qu'ils n'étaient pas plus maîtres que lui de troubler dans sa jouissance le preneur qui, en sa qualité d'associé et de copropriétaire des laines et du croît, avait, à ses yeux, un droit *in re ipsâ* ; qu'ainsi la saisie ne pouvait être faite qu'à la charge d'entretenir le cheptel (5).

Au contraire, la Thaumassière (6) et Pothier (7) s'attachent au principe constant dans l'ancienne jurisprudence, que le bail n'attribuant pas de *jus in re*, disait que le preneur n'avait contre le bailleur qu'une simple créance personnelle à faire valoir ; que, quant à la propriété du cheptel, le bail ne l'avait pas diminuée ; qu'elle était toujours restée pleine et entière sur la tête du bailleur ; que le preneur n'avait acquis aucun droit réel dont il pût se prévaloir contre des créanciers qui ont pour gage tous les biens de leur débiteur.

1152. Les auteurs qui ont écrit sous le Code civil, ont aussi examiné cette question (8) ; mais leurs raisons pour la résoudre dans le sens de Coquille, ne soutiennent pas toutes l'examen. Quand le bail est authentique, ce qu'ils ont trouvé de plus décisif c'est de placer le preneur sous la protection de l'art. 1743, dont la disposition leur paraît avoir le mérite d'une analogie toute-puissante. Mais ils ne font pas attention qu'en supposant que le cheptel soit un louage de choses (9), l'article 1743 n'a pas été fait pour le bail des choses mobilières ; qu'il ne concerne que le louage des immeubles, et qu'il ne gouvernerait le cheptel, qu'autant que le fonds de bestiaux attaché à l'héritage rural à perpétuelle demeure (10) participerait ainsi de la nature de l'immeuble (11). Ajoutez que, pour parvenir à étendre l'article 1743 au cas de cheptel, les auteurs dont je parle se servent d'arguments dont la conséquence est d'investir le cheptelier d'un droit réel sur le fonds du bétail, tandis que, dans leurs principes, le bail n'engendre jamais de droit dans la chose.

Pour moi, je crois aussi que le preneur doit triompher ; mais c'est par d'autres motifs, que j'exposerai dans un instant.

Avant tout, je ferai remarquer que la cour d'Angers avait proposé, dans ses observations sur le projet de Code, un article relatif aux droits des créanciers du bailleur ; « lesquels droits, disait-elle, doivent se ré- « duire à saisir et faire vendre à leur profit la part du « croît, le produit du cheptel appartenant au bailleur, « leur débiteur, ou à vendre le droit du bailleur seu- « lement *sans préjudicier à celui du preneur* (12). »

Cette proposition est restée dans l'oubli. Est-ce à dire que notre article l'a proscrite ? Je ne le pense pas ; à défaut de l'article proposé par la cour d'Angers, nous avons devant nous des principes supérieurs qui sauvent le cheptelier. Voici comment :

Ou le bail à cheptel est authentique et opposable aux tiers, ou il n'a pas de date certaine.

1153. Dans le premier cas, le bailleur a aliéné la jouissance de la chose ; il en a investi la société formée entre lui et le preneur ; c'est cette société qui en est propriétaire, et le bailleur est envers elle dans les mêmes termes qu'un vendeur envers son acquéreur. (Art. 1845, C. C.) Dès lors, les créanciers du bailleur ne peuvent saisir une chose qui ne fait plus partie de ses biens et qui a cessé d'être leur gage ; en d'autres termes, ils pourront sans doute saisir le cheptel, mais à la charge du droit de la société, à la charge de respecter le droit du preneur, qui est le représentant et l'agent de cette société. Je remarque que c'est principalement en se fondant sur les règles du droit de

(1) Fenet, t. 5, p. 621.
(2) Fenet, t. 14, p. 291. Locré, t. 7, p. 190, n° 49.
(3) C'est ce que j'ai prouvé dans mon Comm. de la *Prescription*, n° 1069. *Junge* M. Duranton, *Louage*, n° 281, et M. Duvergier (t. 2, n° 414), qui a eu la sagesse de ne pas reproduire le système de M. Toullier, sur l'intelligence de l'article 2279 du C. C.
(4) Pothier, nos 31, 32 et suiv.
(5) Sur Nivernais, art. 16, des cheptels. V. aussi quest. 86.
(6) Sur Berry, *Préface* du tit. 17.
(7) N° 33.
(8) V. M. Duranton, *Louage*, n° 281, M. Duvergier, t. 2, n° 416.
(9) V. là-dessus *supr.*, n° 1063.
(10) Art. 524 C. C.
(11) *Supr.*, n° 508.
(12) Fenet, t. 3, p. 154.

société que Coquille arrivait aussi à une solution semblable à la nôtre (1).

1154. Dans le second cas, c'est-à-dire lorsque le bail à cheptel n'a pas de date certaine, le preneur triomphe encore, mais par une autre raison, que M. Duranton a indiquée (2). C'est par l'article 2279, par la règle : *En fait de meubles la possession vaut titre.*

On objectera peut-être que pour se prévaloir de l'article 2279 il faut que le détenteur du meuble le possède à titre de propriétaire, que c'est ce qui a été jugé par arrêt de la cour de cassation de Belgique, du 4 juin 1833. Mais je crois avoir prouvé dans mon Commentaire de la *Prescription* (3), que cet arrêt ne peut servir d'autorité que pour le cas où le détenteur possède pleinement pour le propriétaire, comme le mandataire, le dépositaire ; mais qu'on ne saurait opposer la doctrine qu'il embrasse soit au créancier gagiste, qui a un privilége sur la chose, soit à tout autre possesseur qui la détient en vertu d'un droit distinct de celui du propriétaire. La possession vaut titre, dit l'art. 2279 ; ce qui signifie que la possession vaut le titre dont le détenteur a besoin pour se faire maintenir. Elle, qui fait supposer le titre le plus élevé et le plus respectable de tous, celui de propriétaire, elle fait supposer aussi tous les titres inférieurs en puissance, mais suffisants cependant pour faire écarter la demande, s'ils étaient représentés.

D'ailleurs, il y a un dilemme sans réplique à opposer aux créanciers. Ou ils veulent expliquer la possession par le titre ; mais alors le titre peut leur être opposé puisqu'ils s'en prévalent ; et comme il en résulte que le cheptel est grevé du droit de la société, leur poursuite s'écroule par l'arme qu'ils employaient pour réussir.

Ou ils acceptent la possession sans le titre, et alors s'élève la présomption de l'art. 2230 qui présume la possession à titre de propriétaire, et dès lors l'article 2270 domine sans aucun nuage.

1155. Ce que les créanciers du bailleur ne peuvent pas faire, les créanciers du preneur sont à plus forte raison dans l'impuissance de l'exécuter. Car les droits du preneur sur le cheptel sont bien moins étendus que ceux du bailleur. Le cheptel ne lui appartient pas ; il n'a qu'un droit indivis sur les croîts et les laines. Évidemment une saisie-exécution du cheptel par les créanciers du preneur autoriserait le bailleur à s'opposer, conformément à l'art. 608 du Code de procédure civile. Ce n'est qu'autant que le bailleur aurait laissé la vente se consommer, que l'art. 2279 mettrait obstacle à l'action en revendication contre les tiers acheteurs de bonne foi (4).

1156. Du reste, le bailleur opposant devra justifier positivement de son droit de propriété sur le cheptel, et il faudra se garder de vaines allégations ou d'une collusion dolosive.

Un édit du mois d'octobre 1713 (art. 17) avait assujetti les contrats du cheptel à certaines formalités pour que le bailleur pût s'opposer à la saisie du cheptel opérée par le fisc pour la taille et autres impositions dues par le preneur. Ces formalités étaient : 1° que l'acte fût passé devant notaire ; 2° que l'acte contînt le nombre, l'âge et le poil des bêtes du cheptel ; 3° le contrôle dans la quinzaine ; 4° la publication au prône des paroisses des preneurs, ou à la porte de l'église à l'issue de la messe paroissiale, s'enregistrant sans frais, dans les deux mois, au greffe de l'élection.

L'art. 18 défendait aux officiers des élections d'avoir aucun égard aux baux à cheptel, s'ils n'étaient revêtus de ces formalités, sans qu'ils pussent en admettre la preuve par écritures privées ni par témoins, à peine de nullité.

Lorsque le contrat de cheptel était revêtu de toutes ces formalités, le bailleur pouvait, en le représentant, obtenir la mainlevée de la saisie de son cheptel, sauf néanmoins qu'elle pouvait tenir pour un cinquième du cheptel pour le taux de la taille du preneur (article 19) (5).

Ces dispositions ne se retrouvent plus dans les lois nouvelles qui régissent la perception et le recouvrement forcé des contributions publiques. Celles d'entre elles qui s'écartent du droit commun n'ont plus aucune autorité (6). Il est inutile de les signaler. Mais M. Merlin pense que le fisc aurait le droit de combattre les prétentions du bailleur qui ne reposeraient que sur un acte privé, non enregistré. M. Duvergier combat ce sentiment (7). Je crains toutefois que cet auteur n'ait pas bien saisi la position de la question. Il croit qu'il s'agit d'une action du fisc contre le bailleur ; que le trésor saisit le cheptel entre les mains du preneur non pour les dettes personnelles de ce dernier, mais pour les dettes du bailleur. Et dans cette hypothèse, il a raison de dire que le fisc devrait, comme tout autre créancier, respecter le bail manifesté par la possession du preneur. Ce dernier lui opposerait avec succès la règle : *En fait de meubles la possession vaut titre*, ainsi que je le disais au n° 1154. Mais telle n'est pas la situation : l'édit d'octobre 1713, dans ses articles 17, 18 et 19, s'occupe de la saisie du cheptel pour la taille et autres impositions dues par le preneur, et c'est alors que, pour détruire la présomption de propriété attachée à la possession, il exige que le bailleur qui vient dire : *Le cheptel m'appartient ; le preneur n'y a que des droits précaires*, prouve cette assertion par un acte ayant date certaine.

M. Duranton, sans s'occuper de l'édit de 1713 qu'il ne cite pas, et examinant la question sous un point de vue général, enseigne qu'il ne serait pas nécessaire que le bail eût acquis une date certaine au moment de la saisie, et que le bailleur pourrait justifier de son droit de propriété par tout autre moyen de droit (8). Je suis également de cet avis, qui trouve une sanction dans l'art. 16 du tit. 21 de la coutume de Nivernais. La propriété se prouve par des présomptions, par des indices ; car elle tire sa plus éclatante manifestation de la possession, qui est chose de fait et qui peut s'établir par toutes sortes de preuves.

(1) Quest. 86.
(2) *Louage*, n° 381.
(3) N° 1060.
(4) M. Duranton, *Louage*, n° 382.

(5) Pothier, n° 6. M. Merlin, *Cheptel*, § 1, n° 3.
(6) M. Merlin, *loc. cit.*
(7) N° 418.
(8) *Louage*, n° 382.

Article 1813.

Quand le cheptel est donné au fermier d'autrui, il doit être notifié au propriétaire de qui ce dernier tient. Sans quoi il peut le saisir et le faire vendre pour ce que son fermier lui doit.

SOMMAIRE.

1157. Du cas où le cheptelier est le fermier d'autrui. Du privilége du propriétaire de la ferme sur le troupeau.
1158. Sur quoi est fondé le privilége, et en quoi le propriétaire de la ferme diffère des autres créanciers ordinaires du preneur.
1159. Moyen ouvert par notre article au profit du bailleur du cheptel pour échapper au privilége du propriétaire de la ferme.
1160. La notification qui soustrait le troupeau au privilége doit être antérieure à son entrée dans la ferme.
1161. Quant à la forme, la notification peut-elle être remplacée par des équipollents?
1162. Tout ce qui vient d'être dit s'applique au cas où le cheptel est donné au métayer d'autrui.
1163. Du reste, le privilége du propriétaire de la ferme cesse quand le cheptel est saisi pour causes étrangères au bail à ferme.

COMMENTAIRE.

1157. Il peut arriver qu'un propriétaire de bestiaux les donne à cheptel au fermier d'autrui. De là une complication d'intérêts entre le propriétaire des bestiaux et le propriétaire de la ferme; le premier soutenant que la chose est sienne et qu'elle ne peut être saisie à son préjudice; le second invoquant le privilége du bailleur, d'après lequel le locateur de ferme a préférence sur tout ce qui la garnit (article 2102 C. C.) (1).

Considérés en eux-mêmes, ces deux droits ont chacun une grande puissance. Néanmoins, celui du bailleur de la ferme est préférable; la possession réelle du troupeau dans les lieux qui lui appartiennent, est une circonstance qui fait pencher la balance en sa faveur, parce qu'elle donne à son droit quelque chose de plus énergique, de plus saisissant, que la possession purement civile du propriétaire des bestiaux qui les a laissés entrer sous la main de son rival (2). L'occupation l'emporte donc ici sur la propriété : en matière de privilége, c'est ce qui arrive presque toujours.

1158. On voit, du reste, en quoi ce cas diffère de celui du concours du bailleur du cheptel avec des créanciers ordinaires saisissants (3). La différence provient du privilége du propriétaire de ferme, *in invectis et illatis*.

1159. Néanmoins, notre article ouvre au bailleur du cheptel un moyen de conserver son droit : c'est de notifier le cheptel au propriétaire de la ferme. Par là il fait savoir à ce dernier qu'il ne doit pas compter, pour être payé de son dû, sur une chose qui n'appartient pas à son fermier; il le met en présence de la règle : *Nul ne doit s'enrichir aux dépens d'autrui*, qui ne plie, dans le cas examiné au numéro précédent, que parce que le maître des bestiaux avait imprudemment laissé croire au bailleur de la ferme que les bestiaux étaient la propriété de son fermier, et que son droit privilégié les affectait.

1160. La notification dont je viens de parler doit être antérieure à l'introduction des bestiaux dans la ferme; sinon le droit du propriétaire des lieux les saisit et les affecte; il a vu en eux un gage suffisant pour assurer le payement de ses créances, et qui l'a déterminé peut-être à ne pas en exiger de plus considérable. Il suit de là que les précautions tardives du propriétaire de ces bestiaux ne peuvent plus effacer ce droit. C'est ce qu'a jugé la cour de cassation, par un arrêt du 9 août 1815, que j'ai eu occasion de citer dans mon Commentaire des *Hypothèques* (4). Il est tout à fait juridique.

1161. Mais la notification dont parle notre article pourrait-elle être remplacée par des équipollents? Le privilége du maître de la ferme cesserait-il, s'il était constant qu'il avait connaissance que le cheptel appartient à autrui?

Je le crois.

La notification n'est qu'un moyen de prévenir une méprise et d'empêcher que le bailleur de la ferme ne fonde des espérances trompeuses sur le crédit et l'actif de son fermier. Mais si ce résultat a eu lieu en temps opportun par des moyens autres que la notification, je ne vois pas pourquoi on étoufferait le fonds par la forme et la vérité par la fiction. Tâchons de ne pas hérisser notre droit de formalités puériles : il est naturellement équitable. C'est un esprit d'interprétation formaliste qui le rend souvent plus rigoureux qu'il n'a voulu l'être.

Dans les matières autres que le cheptel, la jurisprudence a repoussé le privilége du propriétaire bailleur dans tous les cas où il résultait de circonstances graves, qu'il savait que les meubles introduits chez lui n'étaient pas la propriété du locataire. J'ai cité ailleurs deux arrêts de cour royale qui l'ont ainsi décidé, et je ne sache pas qu'on ait critiqué l'esprit d'équité qui les a dictés (5). Pourquoi en serait-il autrement dans le cas de cheptel et alors que l'évidence des circonstances exclut toute crainte de fraude?

1162. Au surplus, l'art. 1813 s'applique aussi bien au colon partiaire qu'au fermier proprement dit. Le mot fermier est employé ici dans un sens large (6).

1163. Mais notre article cesserait de pouvoir être invoqué, si le propriétaire de la ferme faisait saisir le cheptel pour une créance étrangère au bail; on rentrerait alors dans le cas de l'art. 608 du Code de procédure civile, et le propriétaire du cheptel retrouverait la latitude de moyens de preuve dont nous parlions au n° 1156.

(1) Mon Comm. des *Priviléges et Hypothèques*, n° 150.
(2) Id., n° 151.
(3) V. le n° 1156.
(4) N° 151.
(5) Mon Comm. des *Hypothèques*, n° 15.
(6) M. Duranton, *Louage*, t. 284.

Article 1814.

Le preneur ne pourra tondre sans en prévenir le bailleur.

SOMMAIRE.

1164. Importance de l'opération de la tonte dans le cheptel des bêtes à laine; c'est pourquoi le preneur ne peut tondre arrière du bailleur.
1165. De la tonte annuelle; à quelle époque elle a lieu. De la tonte partielle ou des *écouailles*.
1166. Abus auxquels l'art. 1814 a voulu remédier.
1167. Forme de l'avertissement à donner au propriétaire.
1168. Après le partage des toisons, le preneur dispose de sa part comme il l'entend.

COMMENTAIRE.

1164. Dans le cheptel des bêtes à laine, les toisons sont un profit qui se partage annuellement. La tonte est donc une opération importante qu'il ne fallait pas laisser à l'entière discrétion du preneur, et que le bailleur doit être à même de surveiller. C'est pourquoi notre article veut que le preneur ne puisse tondre sans en prévenir le bailleur.

1165. Il y a deux sortes de tontes :

La tonte entière, qui s'opère à une certaine saison de l'année (du 10 au 20 ou 25 juin), et qui dépouille la bête de son précieux vêtement; c'est celle-là qui constitue la véritable récolte, et qui donne le profit réel.

La tonte partielle, qui a lieu à des époques irrégulières, et qui a pour but d'enlever aux bêtes une partie de leur toison pour leur santé et leur entretien(1). Le produit de ces tontes partielles s'appelle *écouailles* (2); il se partage comme la tonte entière. Le preneur ne peut non plus pratiquer ces tontes partielles sans en avoir donné avis au bailleur, qui a intérêt à en vérifier l'utilité, et à s'y opposer s'il y a lieu.

1166. Il arrivait très souvent autrefois, dans la province de Berry, que les chepteliers prélevaient une certaine quantité de laine par chaque bête, avant le temps de la tonte entière; ou bien qu'ils s'attribuaient les écouailles par préciput. Cet usage préjudiciable aux propriétaires avait pris une telle extension que des lettres patentes du roi, en date du mois d'août 1769, enregistrées au parlement, durent réformer cet abus en prononçant des peines pécuniaires contre les chepteliers, fermiers, métayers délinquants (3).

Ces mauvaises pratiques n'ont pas été entièrement déracinées dans toutes les localités. Mais il ne serait plus permis d'appliquer à leurs auteurs les peines édictées par ces lettres patentes; car notre Code pénal ne les a pas répétées; seulement les chepteliers qui s'en rendraient coupables, au mépris des art. 1814 et 1811 du Code civil, seraient passibles de dommages et intérêts, et le bailleur pourrait même faire prononcer la résolution du bail (art. 1819).

1167. L'avertissement à donner au propriétaire n'est assujetti à aucune formalité. Les relations des parties doivent être autant que possible amiables, et tout doit se passer entre eux équitablement et de bonne foi.

1168. Quand les toisons ont été partagées avec le bailleur, il est évident que le premier peut disposer de sa part comme bon lui semble (4).

Article 1815.

S'il n'y a pas de temps fixé par la convention pour la durée du cheptel, il est censé fixé pour trois ans.

SOMMAIRE.

1169. De la durée légale du cheptel. Elle est fixée à trois ans. Première cause de dissolution du cheptel par l'échéance du terme.
1170. Système différent de la coutume de Nivernais.
1171. Le Code a donné la préférence au système de la coutume de Berry.
1172. De la clause que le bailleur pourra exiger le partage ou *exig*, quand bon lui semblera. Est-elle valable sans réciprocité? Controverse à cet égard dans l'ancienne jurisprudence.
1173. Suite. — Circonstances qui pouvaient faire considérer cette clause comme inique.
1174. Comment elle s'interprétait quand elle était réciproque.
1175. Pourrait-elle valoir sans réciprocité sous le Code civil?
1176. Sauf à l'interpréter *arbitrio boni viri?*
1177. Conclusion, qu'aucun texte ne la défend.
1178. De la tacite réconduction.
1179. Suite.
1180. De la durée de cette réconduction.
1181. L'existence de la tacite réconduction n'est pas une objection contre ce qui a été dit ailleurs, que le cheptel simple est une société.
1182. Transition à l'article suivant, qui s'occupe de la dissolution forcée du cheptel.

(1) Berry, t. 17, art. 5 et 6.
(2) Pothier, n° 39.
(3) V. Pothier, *loc. cit.*
(4) Id., *ibid.*

COMMENTAIRE.

1169. Nous entrons ici dans les causes de cessation du cheptel simple. La première dont s'occupe le législateur, c'est celle qui provient de l'échéance du terme.

Les parties peuvent n'avoir rien convenu sur la durée du cheptel. L'art. 1815 fixe cette durée à trois ans. Il a emprunté ce terme à la coutume de Berry (1).

1170. Il en était autrement sous l'empire de la coutume de Nivernais (2). L'usage dans cette province était que le bail à cheptel se prolongeait indéfiniment, mais à la charge d'un droit réciproque de résolution, qui pouvait s'exercer tous les ans à une époque donnée. Le bailleur était autorisé à demander la cessation du bail et le partage 10 jours avant la Saint-Jean d'été, et le preneur 10 jours avant la Saint-Martin d'hiver. Si ce temps s'écoulait sans que le partage (aussi appelé *exig*) (3), fût demandé, le contrat se prolongeait à une autre année et ainsi de suite. Dans cette combinaison on avait cherché à rendre la partie aussi égale que possible entre le bailleur et le preneur; à faire coïncider le partage avec les moments de l'année où les travaux de la campagne ne le rendent pas inopportun et où le bétail est en meilleur état; en un mot, à se conformer à cette règle générale des sociétés, savoir, qu'il est défendu de les dissoudre intempestivement (4). Car à la Saint-Jean, le bétail a mangé les herbes nouvelles, il s'est refait des temps pénibles de l'hiver. A la Saint-Martin, il a suivi les prés fauchés et les terres labourables dépouillées. A la Saint-Jean, le preneur doit avoir sombré ses terres, et avoir commencé à biner. Vers la Saint-Martin, le laboureur a achevé ses semailles (5).

Toutefois, en y regardant de près, on s'aperçoit que le bailleur, alors qu'il n'était pas laboureur, pouvait recevoir un notable dommage du partage fait à la Saint-Martin; car l'hiver est le moment où le bétail dépense beaucoup et profite peu; il faut le retirer dans les étables; il est souvent embarrassant pour celui qui est étranger aux soins de l'administration rurale, de lui trouver des logements et des approvisionnements pour le nourrir sans trop de frais (6). Aussi qu'arriva-t-il? C'est que la plupart des bailleurs, pour échapper à cet inconvénient de la disposition coutumière, stipulaient dans les baux de la clause qu'ils pourraient exiger le partage à leur bon plaisir, sans réciprocité.

1171. La coutume de Berry avait suivi un autre système, comme on l'a vu tout à l'heure, et c'est celui que le Code civil a préféré. Néanmoins, la Thaumassière nous apprend (7) que de son temps la faculté d'exiger le partage *toutes fois et quantes bon semblerait au bailleur*, se trouvait dans presque tous les baux à cheptel, sans que pareille faculté fût accordée au preneur (8).

1172. Mais c'était un point controversé parmi les jurisconsultes que de savoir si cette clause n'était pas léonine et si, pour la valider, il ne fallait pas concéder au preneur une semblable faculté.

La Thaumassière soutenait l'affirmative. Mais l'opinion contraire était adoptée par Coquille (9) et par Pothier (10), « or, *puisque ce contrat est de société*, « disait Coquille, afin qu'elle ne semble léonine et « contenir inégalité, semblerait être raisonnable que « si le bailleur a retenu la faculté d'exiguer (de- « mander l'exig, le partage) quand bon lui semblera, « que le preneur ait semblable chois (11). »

1173. Pour bien comprendre l'importance de l'avantage que cette clause faisait au bailleur, il faut anticiper sur quelques détails qui se rattachent au commentaire de l'art. 1817 (12).

Par le droit des coutumes, le partage ne se faisait pas comme aujourd'hui. Celui qui le demandait notifiait à l'autre partie une estimation du troupeau dans l'état actuel, et celui-ci devait opter dans un certain délai, entre l'un ou l'autre de ces deux résultats : ou prendre le troupeau suivant cette estimation, ou le laisser au demandeur en partage au prix de cette même estimation. C'était fort bien lorsque le bailleur et le preneur étaient également aisés, également nantis d'argent comptant. Mais par malheur, il était rare que le preneur eût des capitaux disponibles, et alors voici ce qui arrivait. Le bailleur, ayant seul le droit d'*exiguer* (13), avait aussi le droit exclusif de prendre l'initiative de l'estimation; il faisait donc une estimation très-faible, et le preneur, qui n'avait pas d'argent, était obligé de lui laisser le troupeau à ce prix inique. Or, il y avait là une inégalité blessante et contraire à l'esprit de toute société. On faisait au preneur une position inacceptable et vexatoire.

Ces raisons me font penser que l'opinion de Coquille et de Pothier devait l'emporter.

Il y en avait une autre qui, dans la coutume de Nivernais, n'était pas sans force. C'est que, dans cette province, le cheptel n'avait pas un terme légal; qu'ainsi, dès l'instant qu'on enlevait au preneur le droit de demander le partage, on le retenait contre son gré dans les liens d'une société indissoluble.

1174. Du reste, il était un point sur lequel tous les auteurs étaient unanimes. C'est que, réciproque ou non, la clause dont il s'agit devait s'interpréter équitablement, *civiliter*, de manière que le partage ne pût être demandé en temps inopportun; ainsi le bailleur n'aurait pas été reçu à l'exiger dans le fort des moissons et des labourages (14), ou à l'époque de l'année où les bestiaux ont souffert de la mauvaise saison. Auroux cite un arrêt du 7 juillet 1622, qui a jugé que, sous l'empire de la coutume de Bourbonnais, le bailleur ne pouvait, en vertu de la clause toutes fois et quantes, exiguer qu'à la Saint-Martin d'hiver (15).

Cette jurisprudence repose sur les principes du contrat de société, qui veulent qu'on ne puisse pas dissoudre une société intempestivement, sans s'exposer à des dommages et intérêts (16).

1175. Reste à savoir maintenant quelle serait la valeur d'une telle clause sous le Code civil, qui, comme la coutume de Berry, assigne au cheptel une

(1) T. 1, art. 17.
(2) T. 21, art. 9.
(3) Pothier, no 54. V. Berry, *passim*, t. 17.
(4) Coquille, sur Nivernais, t. 21, art. 9.
(5) Id.
(6) Coquille, quest. 85.
(7) Cent. 11, ch. 44.
(8) *Junge* Pothier, no 54.
(9) Sur Nivernais, t. 21, art. 9, et quest. 85.
(10) No 54.
(11) Quest. 85.
(12) *Infr.*, no 1189.
(13) Mot usité en Nivernais (V. Coquille, *passim*).
(14) Coquille, sur Nivernais, t. 21, art. 9. Pothier, no 54.
(15) Sur Bourbonnais, art. 553.
(16) L. *Si convenerit*, D., *Pro socio*. Coquille, *loc. cit.*

durée légale de trois ans. Serait-elle nulle sans réciprocité? Faudrait-il donner la préférence à l'opinion de la Thaumassière, ou à celle de Coquille et de Pothier?

Cette question n'est pas sans importance; car la stipulation dont il s'agit se trouve encore dans plusieurs baux.

1176. Avant tout, inutile de remarquer que, soit qu'on la veuille réciproque, soit qu'on lui maintienne sa vertu unilatérale, elle doit se prendre *arbitrio boni viri*, et s'exécuter en temps convenable (1), suivant les usages agricoles de chaque province (2).

1177. Puis, j'avoue qu'au fond je ne pourrais adopter sous le Code civil le sentiment de Coquille et de Pothier. L'art. 1811 qui a énuméré les clauses illicites, dans le bail à cheptel, n'a pas étendu sa défense jusqu'à celle que nous examinons, et cependant le législateur connaissait parfaitement la prohibition dont Coquille et Pothier l'avaient frappée. Pourquoi s'est-il arrêté en chemin sans vouloir suivre ces auteurs jusqu'au bout?

C'est que les raisons qui les avaient déterminés manquent absolument aujourd'hui.

En premier lieu, on ne serait pas fondé à dire (comme on pouvait le prétendre sous l'empire de la coutume de Nivernais) que le preneur serait forcé de rester, indéfiniment et malgré lui, dans l'indivision; car le cheptel trouve son terme légal au bout des trois ans, et rien ici ne fait cesser cette disposition de l'art. 1815.

En second lieu, on ne voit pas quel grief le droit réservé au bailleur ferait aux intérêts du preneur; car, d'une part, on accorde que le partage ne serait proposable qu'en temps opportun (3); de l'autre, le mode de partage adopté par le Code civil (4) écarte tous les moyens détournés, tous les calculs insidieux qui autrefois pouvaient donner au bailleur un avantage préjudiciable sur le preneur.

1178. Lorsque les trois ans donnés par l'art. 1815 à la durée de la société, se sont écoulés, ou le partage est demandé par l'une des parties, ou il ne l'est pas. S'il est exigé, l'association prend fin et l'on procède, comme il sera dit à l'art. 1817, au règlement des droits respectifs. Si au contraire le partage n'est pas exigé, et que le preneur soit laissé en possession, il s'opère une tacite réconduction. La coutume de Berry voyait la preuve d'une volonté réciproque de commencer un nouveau bail dans le fait d'une possession de quinze jours, laissée au preneur depuis l'expiration du bail (5). La nouvelle société était censée durer un an et finir à la Saint-Jean suivante; temps où la tonte vient d'être faite et où l'on a partagé les toisons.

1179. Le Code n'a pas parlé de la réconduction. Mais son silence ne la proscrit pas. C'est un bail verbal qui s'opère (arg. de l'art. 1738).

Les tribunaux apprécieront dans leur sagesse les circonstances de possession, d'acquiescement, de volonté présumée, d'où dépend son existence de fait. Ils ne manqueront pas d'avoir égard pour cela aux usages locaux qui sont le plus souvent la meilleure preuve de l'intention des parties.

1180. Quant à la durée de la réconduction, les auteurs modernes ne sont pas d'accord.

M. Duranton pense qu'elle doit se prolonger autant que le bail primitif (6).

Au contraire, M. Zachariæ veut qu'on se détermine pour l'usage local (7).

Enfin M. Duvergier est d'avis qu'elle doit être fixée au terme légal de trois ans, quelle que soit la période déterminée par le premier bail (8).

Ce dernier avis me paraît le meilleur. Il se soutient à l'aide d'un argument puissant, tiré de l'art. 1738, qui porte : « Si, à l'expiration des baux écrits, le pre- « neur reste et est laissé en possession, *il s'opère un* « *nouveau bail dont l'effet est réglé par l'article rela-* « *tif aux locations faites sans écrit* (9). »

Or, en matière de cheptel, l'art. relatif aux conventions sans écrit, est l'art. 1815, qui fixe la durée du cheptel à trois ans. Le nouveau bail produit par la tacite volonté des parties, doit donc se prolonger pendant trois années.

Vainement on se prévaudrait, avec M. Zachariæ, des usages locaux. Dans le doute sur la volonté des parties, il faut croire qu'elles ont eu plutôt en vue le terme fixé par le Code que celui que donne la coutume; le Code est, lui aussi, la source d'un usage qui l'emporte sur des usages plus anciens. Et ce qui achève de prouver qu'il a entendu se substituer à eux, c'est qu'il évite de les rappeler comme il a fait si souvent dans le titre du Louage. C'est que laissant à l'écart toutes les dispositions de la coutume de Berry sur la tacite réconduction du cheptel, il annonce par là qu'il a voulu que le nouveau bail fût réglé par le droit commun, c'est-à-dire par l'art. 1815.

1181. Au reste, ce mot de *réconduction* ne doit pas être pris en mauvaise part et servir d'argument à ceux qui voudraient critiquer la qualification de société que j'ai donnée au cheptel simple (10). Car un semblable renouvellement de rapports et d'engagements avait lieu d'après la coutume de Berry (11), et peut encore avoir lieu aujourd'hui, dans le cheptel à moitié, qui cependant est une vraie société aux yeux des auteurs et des textes (12).

1182. Nous venons de voir par l'art. 1815 une première cause de dissolution de la société cheptelière, à savoir, celle qui s'opère par l'échéance du terme légal.

L'article suivant prévoit le cas de dissolution forcée, nécessitée par le fait du preneur.

ARTICLE 1816.

Le bailleur peut demander plus tôt la résolution si le preneur ne remplit pas ses engagements.

---

(1) *Supr.*, nos 1174, 1170.
(2) Argument de l'art. 1870 C. C.
(3) Art. 1817.
(4) Argument de l'art. 1870 C. C.
(5) Art. 1. Pothier, no 30.
(6) *Louage*, no 386.
(7) T. 3, p. 52.
(8) T. 2, p. 424.
(9) V. *Supr.*, nos 413 et suiv., et no 451.
(10) *Supr.*, no 1062.
(11) Art. 2. *Junge* Pothier, no 63.
(12) *Supr.*, no 1060.

SOMMAIRE.

COMMENTAIRE.

1183. Les détails dans lesquels nous sommes entré en commentant l'article précédent, nous ont montré de quelle importance il est pour les parties que le contrat de cheptel ne soit pas dissous en temps inopportun.

Mais si le preneur manque à ses devoirs, *son mauvais mesnage*, comme dit Coquille, autorise le bailleur à exiger le partage sans distinction de temps (1). Le cheptelier ne peut s'en prendre qu'à lui-même si le partage va s'opérer à une époque où le troupeau est déchu, mais non sans espoir de le rétablir dans un meilleur état; sa faute ôte au bailleur toute confiance en lui; elle est une cause actuelle de rupture, et la résiliation prématurée, qui, dans l'état normal, est un dommage pour la société, n'est ici qu'un moyen salutaire de prévenir un plus grand mal.

Ce droit du bailleur est formulé par notre article; il est une conséquence du principe général consacré par l'article 1871, qu'une société à terme peut être dissoute avant le temps convenu, lorsqu'un des associés manque à ses engagements.

1184. Du reste, le droit du bailleur contre le preneur a lieu réciproquement au profit du preneur contre le bailleur si celui-ci manque à ses engagements. L'article 1816 n'en dit rien; mais le droit commun dont l'article 1871 est l'organe parle pour lui.

ARTICLE 1817.

A la fin du bail, ou lors de sa résolution, il se fait une nouvelle estimation du cheptel.

Le bailleur peut prélever des bêtes de chaque espèce jusqu'à concurrence de la première estimation; l'excédant se partage.

S'il n'existe pas assez de bêtes pour remplir la première estimation, le bailleur prend ce qui reste, et les parties se font raison de la perte.

SOMMAIRE.

COMMENTAIRE.

1185. Les deux articles précédents ont signalé les deux grandes causes de rupture du cheptel, l'expiration du terme légal ou conventionnel; le manquement d'une des parties à ses obligations.

1186. Mais ni ces articles ni aucun autre ne se sont occupés de la mort du cheptelier comme cause de la cessation de la société cheptelière. Que signifie ce silence du Code sur un point que Pothier, guide ordinaire de ses rédacteurs, avait traité dans son contrat de *cheptel* (2)? A-t-on entendu se séparer de ce jurisconsulte? ou bien serait-ce plutôt un oubli et une lacune?

Pothier, dont le sentiment a prévalu auprès de M. Duvergier (3), voulait que le cheptel ne fût pas dissous par la mort du cheptelier; il le voulait même dans le cas de cheptel à moitié, reconnaissant que c'était là une exception aux règles des sociétés ordinaires. Mais la rupture de la société par la mort de l'une des parties, disait-il, n'est pas de l'essence des sociétés, elle est plutôt de sa nature. Dans le droit romain, par exemple, dans la société contractée pour la ferme des impôts, on pouvait valablement convenir que les héritiers de l'associé qui mourrait dans le cours de la société, lui succéderaient à sa place pour le temps qui restait à courir.

Pothier a raison quand il dit que l'on peut déroger à la règle que la société se dissout par la mort d'un des associés (4); mais j'aurais voulu qu'il eût donné quelque bonne raison pour prouver que cette règle n'est pas applicable au cheptel; or, je ne trouve que son affirmation et rien de plus.

Cette affirmation doit-elle prévaloir sur les disposi-

(1) Quest. 85.
(2) N° 3.
(3) T. 2, n° 425.
(4) V. un exemple, *supr.*, n° 647.

tions générales de l'art. 1865? J'ai de la peine à le croire. Le cheptelier a été choisi pour son industrie, son activité, son intelligence; l'aptitude de la personne est d'une grande considération pour la garde et l'amélioration des troupeaux; le sort du cheptel dépend presque toujours de son administrateur; voilà donc un grand motif de ne pas déroger à l'article 1865.

Il y en a un autre pour ceux qui considèrent le cheptel comme dominé par les principes du louage d'industrie, plutôt que par les principes du contrat de société : c'est l'article 1795 qui veut qu'un tel louage soit dissous par la mort de l'ouvrier, de l'architecte, de l'entrepreneur; mais nous qui croyons que la société domine dans le cheptel, nous ne cherchons pas dans ce texte la raison uniquement déterminante; nous ne le séparons pas de l'article 1865, et ces deux articles réunis nous prouvent qu'il n'y a pas de motif raisonnable pour faire une exception à cette vérité si vulgaire, savoir, que la mort de l'associé est un événement critique pour l'existence de la société. En un mot, nous appliquons au cheptelier la doctrine que nous avons soutenu devoir prévaloir dans le cas de décès du colon partiaire (1). Ces deux positions ont entre elles le plus grand rapport.

C'est seulement dans le cas de mort du bailleur, que l'article 1865 trouve une exception et qu'il faut dire à ceux qui s'en étonneraient que la règle qu'il consacre n'est que de la nature et non de l'essence du contrat de société. En effet, le preneur n'a pas été déterminé à se charger du soin du troupeau par des considérations tirées de la personne du bailleur; sa mort ne change rien à sa position et à ses espérances; nous en appelons encore ici aux arguments que nous avons présentés (2) dans le cas de décès du bailleur de la métairie.

1187. Quoi qu'il en soit de cette question, l'article 1817, dont nous avons maintenant à nous occuper, suppose que le cheptel a pris fin par un événement ou par un autre, et en présence de ce fait accompli, il organise le mode qui doit présider au partage, ou, comme on disait autrefois, à *l'exig* (3), conséquence nécessaire de toute dissolution de société.

1188. Ce n'est pas que, dans le cours du cheptel, il n'y ait certaines choses qui sont susceptibles d'être partagées au fur et à mesure de leur échéance. J'ai dit ailleurs que les toisons se partagent annuellement après la tonte du mois de juin (4).

Le croît aussi peut être partagé avant la fin du cheptel; c'est ce qui a lieu presque toujours lorsque le fonds du troupeau se maintient en état de progrès, ou bien lorsqu'après avoir remplacé les vides par les nourrissons, on trouve un excédant dans les jeunes bêtes.

Mais ce partage partiel de bénéfices annuels n'est pas celui que l'article 1817 a en vue; il s'agit ici du partage définitif qui doit liquider les comptes respectifs, et faire cesser l'indivision de tout ce qui est resté en commun même après tous les partages partiels; c'est ce que l'art. 1817 fait entendre clairement par ces mots : *La fin du bail, ou lors de sa résolution.*

1189. Voyons donc comment s'opère ce partage; et pour avoir des idées complètes à ce sujet, comparons l'ancien droit avec le nouveau. On sait que, dans le droit des coutumes, le preneur était obligé de supporter la moitié de la perte, s'il y en avait lors du partage. Réciproquement, si le cheptel s'était amélioré, le bailleur s'obligeait à partager avec lui l'amélioration par moitié (5).

Puis, pour opérer sur cette base, voici comment on s'y prenait (6) :

Supposons que le cheptel donné au preneur, valût, lors de l'estimation qui avait accompagné la tradition, 1,200 livres. A la fin du bail, la partie qui voulait faire cesser la société, par exemple, le preneur, en faisait une estimation nouvelle sur le pied actuel. Supposons 2,000 livres; il notifiait cette estimation au bailleur, qui avait un délai de huit ou dix jours (suivant les lieux) (7) pour opter entre le prendre pour le prix, ou le refuser. S'il préférait ce dernier parti, le cheptel demeurait au preneur pour son estimation; mais il était tenu de payer comptant au bailleur: 1° 1,200 livres, montant de la première estimation; 2° 400 livres pour moitié de l'amélioration. Les autres 400 livres lui restaient pour sa part du profit.

Si, au contraire, le bailleur préférait prendre le cheptel pour l'estimation, il retenait son prélèvement de 1,200 livres, plus 400 livres pour sa part dans le profit, et il payait comptant au preneur une somme de 400 livres pour sa portion afférente dans les bénéfices (8).

Ce mode de partage prescrit par la coutume de Berry (9), et par les coutumes de Bourbonnais (10) et de Nivernais (11), reposait sur une idée qui avait une couleur de justice et d'équité. On s'était dit : La partie qui fait l'estimation a intérêt à la faire juste; car elle doit craindre que l'autre partie ne la prenne au mot et n'accepte l'évaluation, si elle est trop faible, ou ne lui laisse le fonds de bestiaux pour son compte, si elle est trop forte; de plus, on évite des frais; on se sauve des mains avides des gens de justice et des opérations coûteuses des experts.

1190. Mais c'était supposer que les parties étaient également bien l'une et l'autre en argent comptant, et là était l'erreur de cette combinaison. Le cheptelier, presque toujours sans avances, ne pouvait entrer en concurrence avec le propriétaire bailleur, plus riche, plus à portée d'avoir des capitaux. Celui-ci proposait une évaluation minime du fonds de bétail; le preneur, n'ayant pas d'argent, ne pouvait l'accepter et se trouvait forcé de laisser les animaux au bailleur pour un prix inique.

Lorsque le cheptel était donné à un métayer, c'est le mal inverse qui arrivait. Le propriétaire faisait-il l'estimation à juste prix, le métayer sortant prenait le troupeau par dépit, pour dégarnir la métairie. Était-ce le métayer qui donnait l'estimation, il la portait à un taux très-élevé; et le propriétaire, qui avait intérêt à conserver son troupeau pour ne pas dégarnir sa terre, était contraint de le prendre à un prix exorbitant.

(1) *Supr.*, nos 645, 646, 647.
(2) No 647.
(3) *Supr.*, no 1172.
(4) No 1164.
(5) Bourbonnais, art. 454. Berry, art. 3 et 4, *des Chetels*. Nivernais, art. 3 et 4, même titre. *Supr.*, no 1097.
(6) J'ai déjà touché ce point au no 1173.
(7) Bourbonnais, huit jours, art. 4. Nivernais, dix jours, art. 10. M. Duranton (*Louage*, t. 189) ne parle que du délai de huitaine. Il a probablement cru que toutes les coutumes étaient conformes à celle de Bourbonnais, citée par Pothier, no 55.
(8) Pothier, no 55.
(9) Art. 4, t. 17.
(10) Art. 553.
(11) Art. 10 et 11. Il y avait quelques nuances inutiles à signaler. Par exemple, le preneur qui optait pour conserver le troupeau avait dix jours pour payer, mais il devait donner caution.

Aussi qu'arriva-t-il? C'est que d'une part ces dispositions de la coutume tombèrent en désuétude (c'est ce qui eut lieu dans le Bourbonnais); et que de l'autre, dans le pays où elle conserva son empire, comme dans le Berry, les parties prenaient soin d'échapper à ses dispositions en convenant que la prisée se ferait par experts (1).

1191. Je viens de dire que dans le Bourbonnais le mode de partage de la coutume avait cessé d'être pratiqué. Voici celui que la jurisprudence y avait substitué (2) :

A la fin du bail, on faisait, par le moyen d'une expertise, une nouvelle prisée des bêtes composant le cheptel. Cela fait, le bailleur prélevait dans chaque espèce un nombre de bêtes égal à celui qu'il avait fourni pour composer le fonds; puis on examinait si ces bêtes étaient de plus grand prix ou de moindre prix que celles qui avaient été comprises dans l'évaluation originaire. Si elles étaient de plus grand prix, le bailleur faisait raison au preneur de la moitié de la plus value; si elles étaient de moindre prix, le preneur faisait raison de la moitié de ce qui manquait. Le surplus, formé par le croît, se partageait en deux lots égaux. Si le nombre des bêtes de quelque espèce se trouvait moindre qu'il n'était par le bail, le preneur devait faire raison de la moitié du prix des bêtes manquantes, suivant la prisée faite lors du bail. Auroux rapporte que cet usage fut confirmé par arrêt du parlement de Paris du 20 août 1716, rendu à son profit contre les nommés Aubergen, fermiers de sa terre des Pommiers.

1192. Réduisons cette combinaison en un exemple propre à la faire mieux saisir.

Soit un cheptel de 10 vaches, 5 bœufs et 2 taureaux; les vaches estimées 200 fr. chacune, les bœufs 250 fr. et les taureaux 150 fr. A la fin du bail, il se trouve 12 vaches, 6 bœufs et 3 taureaux. Les experts évaluent les vaches à 220 fr. pièce, les bœufs à 260 fr., et les taureaux à 160 fr.; puis le propriétaire prélève un nombre de chefs égal à celui qu'il a fourni; mais comme il y a eu augmentation de valeur, il en fait raison au preneur ainsi qu'il suit : 200 fr. pour la plus value des 10 vaches, ce qui donne 100 fr. pour la part du preneur, 50 fr. pour la plus value des 5 bœufs, et par conséquent 25 fr. pour le preneur; enfin, 20 fr. pour l'amélioration des 2 taureaux, et par conséquent 10 fr. pour la moitié du preneur. Après quoi, l'on partage l'excédant, c'est-à-dire, les 2 vaches, le bœuf et le taureau.

Mais supposez qu'au lieu d'une plus value, il y eût un déchet d'égale valeur, occasionné par le mal qu'une année de forte sécheresse aura fait souffrir aux animaux, la chance tournera, et le preneur, au lieu de recevoir, devra payer au bailleur.

Ainsi, si les vaches, au lieu de valoir 200 fr. pièce, n'en valent que 180, le preneur fera raison au bailleur de 100 fr.

Si les bœufs ne valent que 240 fr., la perte totale de 50 fr. sera supportée par moitié par le preneur.

Enfin, si les 2 taureaux ne valent que 140 fr., le bailleur aura 10 fr. à recouvrer sur le preneur.

Nous venons de supposer que le déchet n'a porté que sur la valeur, mais que du moins le nombre des têtes est resté le même. Mais pour troisième et dernier exemple, admettons qu'à la suite d'une épizootie, il ne reste que 5 vaches, 1 bœuf et point de taureau. Le bailleur les prélèvera, en ayant égard à la plus ou moins value, suivant ce qui vient d'être dit; puis on calculera ainsi qu'il suit :

5 vaches qui manquent, à 200 fr. pièce, ci.	1,000 fr.
4 bœufs à 250 fr. ci.	1,000
2 taureaux à 150 fr. ci.	300
Total de la perte. . .	2,300 fr.

dont le bailleur sera indemnisé pour moitié par 1,150 fr. que le preneur lui payera.

Tels étaient les résultats auxquels conduisait la méthode prescrite par la jurisprudence. Elle excluait toute inégalité et prévenait toute surprise. Elle avait une grande supériorité sur le système des coutumes.

1193. En présence de ces deux systèmes, le Code civil n'a pas hésité à rejeter celui des coutumes; il conduisait à de trop grands abus. Mais il n'a pas ratifié non plus dans toute sa plénitude la jurisprudence du parlement de Paris; il a voulu la perfectionner en la simplifiant. Nous allons voir comment.

D'abord, une nouvelle estimation du cheptel commence l'opération. C'est aussi ce que pratiquait l'ancienne jurisprudence; cette expertise se fait à l'amiable ou par des experts.

Puis, le bailleur prélève des bêtes de chaque espèce jusqu'à concurrence de la première estimation. Ici, notre article s'éloigne de l'ancienne manière de procéder, tracée par l'arrêt Auroux, et marche plus rapidement au but. Supposez un cheptel de 10 vaches, estimé au commencement du bail 1,000 fr., et ayant acquis une valeur double à la fin. Dans l'ancienne jurisprudence, le bailleur aurait prélevé tête pour tête : 10 vaches lui auraient été livrées, sauf à lui à faire raison au preneur de la plus value. D'après l'art. 1817, il ne prendra que 5 vaches; car ce ne sont pas les têtes qui comptent, c'est leur valeur; les 5 vaches d'aujourd'hui valant les 10 vaches d'autrefois. Le bailleur sera rempli de son apport par ce prélèvement; puis l'excédant se partagera.

Jadis cet excédant ne se composait jamais que du croît, c'est-à-dire des animaux nés en sus du nombre de chefs apportés par le bailleur, et prélevables par lui. Maintenant il comprend non-seulement le croît, mais encore les chefs qui ne sont pas nécessaires pour rendre au bailleur la valeur du capital primitif.

Mais s'il n'existe pas assez de bêtes pour remplir la première estimation, le bailleur prélève ce qui reste suivant la valeur actuelle, et les parties se font raison de la perte.

Supposons un troupeau de moutons estimé 1,200 fr. par la première estimation. Une épizootie en a enlevé la moitié, et ce qui reste ne vaut plus que 400 fr.; dure sera la condition du cheptelier; car le propriétaire prélèvera tous les chefs survivants; et comme la perte totale est de 800 fr. par rapport à l'estimation première (3), le cheptelier devra payer au bailleur une somme de 400 fr. (4).

(1) Pothier, n° 55.

(2) Auroux, sur Bourbonnais, art. 553. Pothier, *loc. cit.* M. Merlin, Répert., v° *Cheptel*, § 1, n° 13.

(3) V. l'art. 1810, et le Commentaire.

(4) Des lois des 15 germinal, 26 floréal, 1er thermidor an III et 2 thermidor an VII, s'étaient occupées de l'estimation des cheptels, dans ses rapports avec le cours forcé et la suppression du papier-monnaie. Nous les rappelons ici pour mémoire seulement.

SECTION III.

DU CHEPTEL A MOITIÉ.

ARTICLE 1818.

Le cheptel à moitié est une société dans laquelle chacun des contractants fournit la moitié des bestiaux, qui demeurent communs pour le profit et pour la perte.

SOMMAIRE.

1194. Du cheptel à moitié ou *affranchi*. Le preneur est propriétaire de la moitié du fonds de bétail, ce qui suppose de sa part une plus grande aisance que dans le cheptel simple.
1195. Ce contrat met en commun, non-seulement la jouissance, mais même la propriété du troupeau.
1196. Il est une vraie société.
1197. Il est, pour le preneur, une transition du cheptel simple à l'état de copropriétaire du fonds de bétail. — Voilà pourquoi on l'appelait jadis cheptel *affranchi*.
1198. Le preneur apporte dans cette société plus que le bailleur. — Aussi ses profits sont plus considérables.
1199. Mais pourquoi ne sont-ils pas plus considérables que ceux du cheptelier simple, qui ne fournit rien dans le fonds de bétail, tandis que le cheptelier à moitié fournit la moitié des bêtes?
1200. C'est que, quoique les mises ne soient pas identiques, elles sont adéquates.
1201. Dans le cheptel à moitié, tous les risques se partagent dans le cas de perte totale aussi bien que dans le cas de perte partielle.

COMMENTAIRE.

1194. Le cheptel à moitié, pratiqué aussi chez les Romains (1) et dans notre droit coutumier (2), offre une combinaison qui dénote dans le preneur plus d'aisance que dans le cheptel simple; car le cheptel simple est fondé sur l'absence de toute copropriété dans le capital du côté du preneur; au contraire, le cheptel à moitié a pour condition un apport de moitié fait par le preneur dans le fonds de bestiaux dont se compose le troupeau.

1195. Par ce contrat, ce n'est pas seulement la jouissance du capital qui est mise en commun comme dans le cheptel simple (3), c'est le troupeau lui-même qui devient la propriété de la société.

1196. Je dis *la société*; car c'est le mot qu'emploie l'article 1818; il qualifie le cheptel à moitié de société (4), ce qui n'empêche pas que ce contrat ne soit réglé dans le titre *du Louage*; mais comme il se complique d'un élément qui lui donne quelques affinités avec le louage d'ouvrage, on a cru pouvoir le comprendre *lato sensu* dans le titre VIII (5).

1197. Dans les provinces qui s'occupent de la multiplication des troupeaux et où le contrat de cheptel est fort usité, le cheptel à moitié (s'il faut en croire les coutumes locales) est l'objet de l'ambition des chepteliers simples. Passer de l'état de cheptelier simple à celui de cheptelier à moitié, est une idée qui excite le zèle des preneurs, et entretient leur bonne volonté pour l'amélioration du capital. Voici comment s'opère cette transition :

Pendant le cours du cheptel simple, le preneur laisse prélever au bailleur les profits du croît jusqu'à concurrence de la moitié de la valeur du cheptel; par là le cheptel qui appartenait en entier au bailleur devient commun; il est *affranchi*, comme disaient les coutumes (6); le preneur y a autant que le bailleur.

Cette combinaison paraît être la seule (hormis le cas de cheptel donné au métayer) qui donne place au cheptel à moitié. Ce genre de cheptel ne se crée presque jamais tel *à priori*; il n'est usité que comme transformation du cheptel simple, comme modification d'un état de choses préexistant.

1198. Dans cette société du cheptel *affranchi*, il est à remarquer que le preneur fournit plus que le bailleur, puisque, outre la moitié des bestiaux qu'il apporte de même que ce dernier, il fournit seul le logement, la nourriture, les soins. C'est pourquoi, nous verrons, par l'art. 1819, que la loi lui attribue exclusivement et à titre de préciput, le lait, les fumiers et les labeurs.

1199. Mais comment se fait-il que le preneur du cheptel affranchi qui met dans le capital social une moitié, tandis que le cheptelier simple n'y met rien, n'ait cependant que les mêmes gains que ce dernier? En effet, il y a égalité de droit, sur la totalité des laitages, des fumiers et des travaux des bêtes; l'un n'a droit, comme l'autre, qu'à la moitié des laines et du croît (art. 1819).

Or, nous avons soutenu que la part du cheptelier simple est strictement juste par rapport au bailleur (7). Ne serait-ce pas à dire que celle du cheptelier à moitié serait inégale?

Non; en y réfléchissant, on acquiert la conviction qu'il n'en est rien.

Si le cheptelier à moitié apporte plus en capital que le cheptelier simple, il apporte moins en soins, frais de nourriture, d'entretien, d'hébergement. En effet, le cheptelier simple doit nourrir, loger, garder la totalité des bêtes appartenant à autrui; au contraire, le cheptelier à moitié, étant propriétaire de la moitié du troupeau, n'apporte par conséquent, en sus de ses charges de propriétaire, que ce qu'il faut pour nourrir, loger, garder l'autre moitié du troupeau; ainsi, en réalité, il fournit au propriétaire moitié moins que ce qu'il fournit dans le cheptel simple, et cependant

(1) *Supr.*, n° 1060. V. les textes.
(2) V. textes, Nivernais, t. 21, etc.
(3) *Sup.*, nos 1062 et suiv.
(4) *Supr.*, n° 1060.
(5) *Supr.*, n° 1058.
(6) Nivernais, art. 5, t. 21. Pothier, n° 16.
(7) Nos 1127, 1133.

il a la totalité des laitages, fumiers et labeurs, comme le cheptelier simple.

Enfin, ce dernier est chargé d'un risque proportionnellement plus considérable; car il supporte la moitié de la perte partielle (lui qui ne prend rien dans le capital), tandis que le cheptelier affranchi, qui en retire la moitié, n'est soumis, de plus que lui, qu'à la perte totale, qui n'arrive presque jamais.

1200. Qu'on cesse donc de s'étonner si l'émolument est le même dans les deux contrats; car si les mises ne sont pas identiques, elles sont adéquates; elles se balancent par l'utilité que la société en retire et elles doivent par conséquent produire les mêmes avantages.

1201. La copropriété du cheptelier à moitié dans le capital, rend facile la question du risque qui est si embarrassante, et qui nous a tant occupé (1) dans le cheptel simple. Le preneur est tenu de la moitié de la perte totale, par la règle *Res perit domino*; il supporte aussi, en vertu du même principe, la perte partielle.

Article 1819.

Le preneur profite seul, comme dans le cheptel simple, des laitages, du fumier et des travaux des bêtes.

Le bailleur n'a droit qu'à la moitié des laines et du croît.

Toute convention contraire est nulle, à moins que le bailleur ne soit propriétaire de la métairie dont le preneur est fermier ou colon partiaire.

SOMMAIRE.

1202. Des profits du cheptelier à moitié. Garanties que lui donne la loi pour qu'il les conserve intacts.
1203. Prohibition au bailleur d'exiger des redevances en laitages, beurre, etc.
1204. Le bailleur ne peut non plus prendre plus de moitié dans les croîts, laines et améliorations.
1205. Il en est autrement quand le cheptel à moitié est donné à un fermier ou à un métayer.
1206. Ou à des maîtres valets qui exploitent le domaine.

COMMENTAIRE.

1202. En se référant à ce que j'ai dit aux nos 1199 et 1200, on comprendra pourquoi la loi n'a pas dû faire de différence entre le cheptel affranchi et le cheptel simple pour les émoluments du preneur.

Ce n'est pas seulement quant au chiffre, si je peux parler ainsi, que les deux positions ont été égalées; elles l'ont été encore sous le rapport des garanties. Car les parts ont été réglées dans le cas de cheptel à moitié avec les mêmes précautions que dans le cas de cheptel simple (2). Le législateur n'a pas moins redouté les piéges dont les personnes rustiques peuvent être environnées.

1203. Il est donc défendu au bailleur d'exiger aucune redevance en beurre, fromages, charretées de fumier, journées de bestiaux. En effet, le préciput des laitages, fumiers et labeurs est la récompense de ce que le preneur apporte à la société de plus que le bailleur. Ce dernier ne doit donc pas le lui envier. Il doit se contenter de partager par moitié le croît, les laines et l'amélioration (3). Toute convention contraire est nulle. C'est ce que n'avait pas compris la cour d'appel de Toulouse, qui disait dans ses observations sur le projet du Code (4) : « On ne voit rien « d'illicite dans la convention par laquelle le bailleur « à *cheptel à moitié* réserverait une portion du lait, « du fumier, ou quelques journées de travail des « bestiaux par lui baillés à ce titre. »

1204. Non-seulement il y a nullité de la convention qui diminuerait le préciput du laitage, du fumier et des labeurs, mais il y a encore prohibition au bailleur de se faire dans les laines, croît et améliorations, une part excédant la moitié. La moitié dans le capital entraîne nécessairement la moitié dans les produits, déduction faite de ceux qui sont la récompense du travail.

1205. Il en est autrement lorsque le cheptel à moitié est donné par le propriétaire, non à un preneur étranger, mais à son métayer ou à son fermier; car dans ce cas le bailleur peut se réserver une partie des laitages, fumiers, travaux (5), et même une part dans l'autre moitié des laines et du croît. La raison de cette différence, est que le bailleur de métairie fournit les terres et prés où se récoltent les fourrages et les foins, et qu'il donne les logements pour les bestiaux (6).

Du reste cette combinaison ne doit pas être confondue avec le cheptel de fer dont nous parlerons tout à l'heure, et qui est aussi un moyen de faire valoir le bétail attaché à une ferme (7).

1206. L'exception faite en faveur du bailleur propriétaire de la métairie, s'applique également au cas où la métairie est exploitée par des maîtres valets ou par des cultivateurs à gages, ainsi que cela arrive souvent dans les départements méridionaux (8). Il y a même raison de décider. Car ces individus ne fournissent ni la nourriture ni l'hébergement.

(1) V. l'art. 1810.

(2) V. l'art. 1811, *supr.*, no 1129. J'insiste sur cette parité, qui ressort des art. 1819 et 1820.

(3) Pothier, no 58.

(4) Fenet, t. 5, p. 622.

(5) *Confér.*, art. 1828, duquel il résulte que c'est la moitié quand il s'agit d'un colon partiaire à moitié.

(6) Coquille, sur l'art. 4. La Thaumassière, préface du titre des *Chetels*. Pothier, no 58.

(7) *Infr.*, nos 1216, 1217, 1218.

(8) Observ. de la cour d'appel de Toulouse (Fenet, t. 5, p. 622).

Article 1820.

Toutes les autres règles du cheptel simple s'appliquent au cheptel à moitié.

SOMMAIRE.

1207. Communauté de règles entre le cheptel à moitié et le cheptel simple.
1208. De la faute.
1209. Du compte des peaux.
1210. De la défense de vendre les bêtes arrière du bailleur.
1211. De la tonte.
1212. De la durée légale du bail.
1213. De la réconduction.
1214. Du partage.

COMMENTAIRE.

1207. A part le différence que l'art. 1818, d'accord avec la nature des choses, place entre le cheptel à moitié et le cheptel simple, les règles de ce dernier contrat gouvernent le premier.

1208. Ainsi le preneur est tenu de la même diligence dans la garde du troupeau (art. 1806); il doit les soins d'un bon père de famille. Il doit prouver le cas fortuit, et le bailleur est tenu de prouver la perte qu'il lui impute (art. 1807) (1).

1209. Il doit compte des peaux des bêtes, car le bailleur y a sa moitié (art. 1809).

1210. Il ne peut vendre aucune bête du troupeau ni du fonds ni du croît sans le consentement du bailleur. *Nemo ex sociis plus parte suâ potest alienare.* N'étant propriétaire que pour moitié, il ne peut rien aliéner pour le total (2) (art. 1812).

1211. Il ne peut tondre sans avertir le bailleur (art. 1814).

1212. Le bail est censé fait pour trois ans. Par la coutume de Berry le partage ne pouvait être demandé qu'au bout de cinq ans (3). Le Code n'a pas sanctionné cette différence entre le cheptel affranchi et le cheptel simple (4).

1213. Il y a également lieu à réconduction (5) ou renouvellement tacite de la société.

1214. Enfin le partage s'effectue suivant les règles de l'art. 1817, si ce n'est que les mises étant égales dans le capital, le bailleur ne peut faire aucun prélèvement par exclusion. Chacun retire ce qu'il a apporté jusqu'à concurrence de l'estimation qui a été faite au commencement du bail.

SECTION IV.

DU CHEPTEL DONNÉ PAR LE PROPRIÉTAIRE A SON FERMIER OU COLON PARTIAIRE.

§ Ier.

Du cheptel donné au fermier.

Article 1821.

Ce cheptel (aussi appelé *cheptel de fer*) est celui par lequel le propriétaire d'une métairie la donne à ferme, à la charge qu'à l'expiration du bail, le fermier laissera des bestiaux d'une valeur égale au prix de l'estimation de ceux qu'il aura reçus.

SOMMAIRE.

1215. De l'utilité des troupeaux dans les domaines ruraux.
1216. C'est cette utilité qui donne lieu au cheptel *de fer*. Signification de ces mots. Définition imparfaite donnée par MM. Mouricault et Duranton.
1217. Différence entre le cheptel de fer et le cheptel simple et à moitié.
1218. Il ne faut pas le confondre avec le cheptel à moitié donné au métayer ou au fermier.
1219. Le cheptel de fer doit être nécessairement associé à un bail de ferme. Il ne peut être donné à un étranger.
1220. Il est immeuble par destination. Exception.
1221. Plan de cette section.
1222. Examen de la question. Si le cheptel de fer n'est pas réprouvé par l'équité, quand le propriétaire exige de son domaine rural un fermage plus considérable que s'il n'y avait pas de bestiaux. Erreur des théologiens à ce sujet.

(1) Pothier, n° 61.
(2) Id., n° 62.
(3) T. 17, art. 2.
(4) Pothier, n° 63.
(5) Id.

COMMENTAIRE.

1215. Les troupeaux sont le nerf de la prospérité agricole. On sait ce qu'en pensait le père de la science de l'agriculture chez les Romains, Caton l'ancien. Quelqu'un lui ayant demandé quelle était la meilleure manière de faire valoir ses capitaux, il répondit : Avoir de bons pâturages et de nombreux troupeaux; *bene pascere*. — Mais que dites-vous, ajouta son interlocuteur, du prêt à intérêt? — Et vous, que dites-vous de l'homicide (1)?

Ce précepte est encore vrai aujourd'hui, pourvu qu'on n'en abuse pas. Sans doute il ne faudrait pas sacrifier toutes les autres productions à la multiplication des pâturages; ce serait rétrograder vers l'enfance de l'art agricole, ou hâter sa décadence. C'est dans cet excès que tomba l'Italie lorsque le venin de la grande propriété eut tari la race des cultivateurs libres, et que le défaut de bras laborieux eut remplacé la culture des céréales par l'extension immodérée des pacages. Mais si l'éducation des bestiaux est renfermée dans de justes limites, elle devient l'auxiliaire le plus puissant de l'économie agricole; elle crée une source de richesses qui se combinent avec les produits du sol, et ajoutent à leur fécondité par une heureuse association. Aussi n'y a-t-il pas de domaine rural bien gouverné, qui ne nourrisse un troupeau proportionné à ses forces productives, et à son étendue; c'est pourquoi la Thaumassière rappelait ce mot d'un docteur de l'université de Bourges : *Pecora sunt* MEMBRA FEUDORUM. *Quid enim sine ipsis prodessent fundi* (2)?

1216. Mais tous les fermiers ne sont pas assez riches pour faire la mise de fonds nécessaire à l'achat des bestiaux qui doivent donner à la terre qu'ils vont cultiver les engrais dont elle a besoin. Dans ce cas, c'est le propriétaire qui ajoute au capital que vaut le sol de sa ferme un capital consistant en bestiaux, qui restent attachés au fonds. Le fermier prend ces bestiaux comme accessoire de la terre; il les reçoit avec une estimation qui leur est donnée, et quand il quitte la ferme il doit en laisser pour une valeur égale à celle dont il s'est chargé en recette. Ces bestiaux, disait Beaumanoir, s'appellent *bestes de fer, parce qu'elles ne peuvent mourir à leur seigneur* (3), définition aussi énergique qu'exacte, et que les jurisconsultes modernes auraient dû répéter plutôt que de s'appliquer à faire du nouveau. M. Mouricault, par exemple, ne nous donne qu'une idée incomplète du cheptel de fer, quand il dit qu'il est ainsi nommé parce qu'il est *comme enchaîné à la métairie* (4). Une chose périssable peut être enchaînée à une autre sans que cette circonstance l'empêche de périr. M. Mouricault, avec son expression faible, quoique non sans élégance, laisse dans l'ombre le trait saillant du cheptel de fer, qui est de ne pas périr pour le propriétaire. M. Duranton n'a pas été plus heureux dans son explication. Elle présente la même inexactitude sans avoir la même élégance (5).

1217. Cette espèce de cheptel (dont s'occupent les art. 1821 et suiv.) est bien différente du cheptel simple et du cheptel à moitié. Le fermier a la jouissance exclusive du cheptel de fer comme de toutes les autres parties de la ferme. Il n'entre pas en partage avec le maître; il ne forme pas d'association avec lui. Il est purement et simplement un preneur, lequel, moyennant son prix de ferme, gouverne la chose en conciliant ses propres intérêts avec le devoir de la conserver, en recueille tous les produits, et ne doit rendre en fin de compte que ce qu'il a reçu.

1218. Il est vrai que, d'après l'art. 1819, un cheptel à moitié ou simple peut être donné par un propriétaire à son fermier ou à son métayer, pour demeurer sur le domaine, et concourir à sa bonne exploitation. Mais cette combinaison est toute autre que celle qui nous occupe en ce moment. Elle suppose une association entre le bailleur et le preneur; et comme toute société doit avoir une fin nécessaire, il suit que le cheptel ainsi confié, simplement ou à moitié, au preneur du domaine, se dissout, à un moment prévu, par l'effet du partage; au contraire, dans le cheptel de fer, je le répète, aucun élément d'association ne se mêle au bail de la ferme ou de la métairie; le cheptel n'a pas à redouter qu'un partage vienne le dissoudre; enchaîné au sol par un lien indestructible, il y demeure après que le fermier est parti, tel qu'il était quand il y est entré.

1219. Et ceci nous conduit à une autre différence entre les deux espèces de cheptel dont nous avons traité jusqu'à présent et le cheptel de fer. C'est que le cheptel simple ou à moitié peut aussi bien être donné à un étranger qui fournit la nourriture et les étables qu'à un métayer ou à un fermier qui reçoit du domaine affermé les fourrages, les foins et les logements. Au contraire, le cheptel de fer est plus exclusif; il ne s'allie qu'avec le bail à ferme. Il répugne à se trouver entre les mains d'un étranger ou même d'un métayer. En effet, il serait affecté d'une nullité radicale s'il essayait de contracter d'autres alliances qu'avec le fermier.

1220. Il suit de là que, dans le cheptel simple ou à moitié, le bétail peut être tantôt meuble, tantôt immeuble par destination, suivant qu'il est donné à un étranger ou à un métayer (6); tandis que le cheptel de fer est toujours immeuble par destination (7), quand c'est un propriétaire qui le fournit à la ferme. Il ne cesserait d'être tel qu'autant qu'il serait donné à un sous-fermier par le fermier principal. Mais ce cas n'arrive presque jamais.

Et ceci amène une autre différence dans les effets; c'est que le cheptel donné à un étranger, étant meuble (art. 522), peut être saisi par voie de saisie-exécution; tandis que le cheptel de fer, émanant du propriétaire, étant immeuble par destination (art. 522), ne peut être saisi qu'avec le fonds (art. 592, C. pr. civ.) (8).

1221. Maintenant nous allons trouver dans les articles suivants les effets qui découlent de ces caractères principaux que nous venons de signaler dans le cheptel de fer. Nous verrons que la propriété en appartient au bailleur de la ferme, et que le fermier n'en a que la jouissance (art. 1822). Nous dirons quelles sont les conséquences de cette position par rapport aux créanciers du bailleur et du preneur.

Les art. 1823, 1824 feront connaître quels sont les profits que le contrat attribue au fermier en récompense de ses soins et de son industrie.

Quant au péril du cheptel, nous trouverons dans

(1) Cicér., *Officior.*, lib. 2, n° dernier.
(2) Sur Berry, t. 17, *Préface*.
(3) Ch. 66.
(4) Fenet, t. 14, p. 347. Locré, t. 7, p. 209, n° 22.
(5) Il dit : On l'appelle *cheptel de fer pour marquer qu'il est attaché à la métairie*, n° 296.
(6) Art. 524 C. C., et art. 522.
(7) C'est la décision expresse de l'art. 522 C. C.
(8) M. Duranton, *Louage*, n° 295.

l'article 1825 la position du fermier nettement définie.

Enfin, l'art. 1826 nous apprendra quelles sont les obligations et les droits du fermier, lorsque le bail expire et qu'il faut rendre au propriétaire la chose qu'il a livrée.

1222. Mais avant de passer outre, disons quelques mots d'une question de philosophie morale qui partageait les esprits dans l'ancienne jurisprudence ; elle n'est pas à dédaigner de ceux qui veulent que le droit marche autant que possible d'accord avec la conscience. Elle consiste à savoir si le cheptel de fer est pur de toute usure alors que le bailleur afferme sa terre plus chèrement qu'il ne le ferait si elle était dégarnie de bestiaux. Certains théologiens casuistes soutenaient que le bailleur commet une injustice (1).

Voici leur argumentation :

Le fermier qui profite de l'augmentation du bétail doit, par réciprocité, supporter la perte. Ainsi le profit est compensé par la perte, et les deux chances se balancent. Or, que fait-on quand on impose au preneur un prix pour le cheptel qu'on lui livre, et qu'on lui fait payer un fermage plus élevé que si la ferme était dégarnie de bestiaux ? On lui fait payer deux fois l'espérance de l'augmentation du bétail ; oui ! deux fois. Car cette espérance ne la paye-t-il pas une première fois par le risque de la perte dont il est chargé? Donc cet excédant de prix de ferme, dont vous le grevez, n'est qu'un double emploi et une injustice.

Nous ne blâmons pas la théologie de surveiller avec une attention scrupuleuse les actes de la vie humaine. C'est à la fois un de ses plus beaux droits et l'un de ses plus impérieux devoirs, et nous désirons qu'elle ne se laisse pas dépasser dans cette voie par la philosophie morale et la science séculière ; mais nous voudrions qu'elle fût plus exacte dans ses aperçus, plus juste dans ses décisions, qu'elle ne l'est dans cette circonstance.

En effet, les théologiens dont nous examinons la doctrine, supposent que l'augmentation du troupeau est le seul profit que le preneur retire du cheptel. C'est ne voir qu'un côté de la position. Le fermier tire un avantage considérable d'avoir une ferme riche en troupeaux ; car il y trouve des engrais qu'il serait obligé d'acheter à grands frais, et ces engrais, soignés et préparés par lui, développent la fécondité des terres et lui donnent d'abondantes moissons (2).

Ce n'est pas tout; si le troupeau consiste en bêtes à laine, le preneur ne jouit-il pas, outre les croîts, qui se compensent avec les risques de mortalité, du produit des toisons qui forme une branche importante du revenu?

Enfin, quand même il n'y aurait que du gros bétail dans la ferme, est-il sûr que le profit des croîts soit entièrement payé par la charge du risque des mortalités? N'arrive-t-il pas presque toujours que les produits dépassent les pertes, que les naissances sont plus considérables que les morts, qu'en un mot, le troupeau bien gouverné a plus de chances de progrès que de chances de diminution (3)?

Donc, sous tous les rapports, il est juste que le bailleur retire d'une ferme embétaillée un plus grand profit que d'une ferme sans bestiaux (4). Aux yeux des moralistes comme des jurisconsultes, l'équité veut que le fermage d'un immeuble soit proportionné à la richesse de ses moyens de production.

Article 1822.

L'estimation du cheptel donné au fermier ne lui en transfère pas la propriété ; mais néanmoins elle le met à ses risques.

SOMMAIRE.

1223. De l'estimation du troupeau.
1224. Elle ne rend pas le cheptelier propriétaire.
1225. Conséquence de ce principe par rapport aux créanciers du bailleur.
1226. Suite.
1227. Et par rapport aux créanciers du preneur.
1228. Suite.
1229. L'estimation met le cheptel au risque du preneur. Importance de ce point, qui caractérise le cheptel de fer.
1230. Formalités ordinaires de ce contrat.

COMMENTAIRE.

1223. Le fermier se charge par le cheptel de fer d'une chose qui ne doit pas périr pour le maître, quoiqu'elle soit composée d'éléments périssables. Il est donc nécessaire qu'une estimation détermine la valeur capitale qu'elle doit conserver malgré toutes les modifications qui peuvent troubler ses parties. Il faut qu'on sache quelle est l'importance pécuniaire de cette universalité qu'on appelle troupeau, et que le fermier s'apprête à exploiter dans son intérêt, sauf à la rendre intacte à la fin du bail; universalité destinée à se reproduire par ses propres forces, à se perpétuer indéfiniment par elle-même, et distincte des individus qui la composent et qui naissent et disparaissent sans que le corps dont ils sont les membres en puisse être affecté (5).

1224. Cette estimation ne fait pas passer sur la tête du fermier la propriété du troupeau. Le propriétaire de la ferme reste toujours propriétaire du cheptel.

Vainement on se prévaudrait de la maxime *Æstimatio facit venditionem*. On a vu ci-dessus (6) comment cette règle se concilie avec l'art. 1805 ; il n'est

(1) Théologie de Grenoble, t. 4, ch. 13, *Du prêt et de l'usage*.
(2) *Supr.*, no 782.
(3) *Infr.*, no 1236.
(4) Pothier, no 70.
(5) *Est enim gregis corpus ex distantibus capitibus* (Inst., *De legatis*, § 18).
(6) No 1076.

pas plus difficile de l'harmoniser avec notre article. Car si l'estimation n'a pas ici pour objet de déterminer la perte ou le gain, comme dans le cas de l'art. 1805, elle a un but non moins utile, à savoir, de constater contradictoirement la valeur que le preneur devra laisser en bestiaux à sa sortie de la ferme, et de mettre à sa charge le risque du troupeau. Cette nécessité suffit pour écarter l'adage si souvent fautif, *Æstimatio facit venditionem.*

Il est vrai que quelques personnes scrupuleuses pourraient aller chercher une objection dans ce texte des lois romaines : « *Cùm fundus locatur et* ÆSTIMATUM INSTRUMENTUM *colonus accipiat* (c'est bien ce « qui a lieu ici), *Proculus ait : id agi*, UT INSTRUMENTUM EMPTUM *habeat colonus; sicut fieret cùm* « *quid æstimatum in dotem daretur* (1). » Mais dans ce texte emprunté aux écrits de Pomponius, le jurisconsulte suppose que le fermier doit à la fin du bail rendre une somme d'argent en place de la chose qui lui a été confiée pour l'exploitation du fonds, et c'est alors qu'*æstimatio facit venditionem* (2). Mais le fermier qui reçoit un cheptel de fer n'est pas maître de rendre une somme d'argent en place des bestiaux qu'il a reçus (3), autrement il aurait le pouvoir de dégarnir le domaine, et il ne resterait plus du cheptel de fer qu'une dénomination sans valeur, une grande énergie dans les mots et un non-sens dans les choses!

Ainsi donc, par cela seul que le fermier s'est engagé au cheptel de fer, il suit nécessairement qu'il n'a pas voulu se faire la position de propriétaire du troupeau, il a entendu que le troupeau resterait enchaîné au domaine, comme une de ses parties inséparables.

1225. Le bailleur restant propriétaire du troupeau, s'ensuit-il que ses créanciers peuvent le saisir pour se payer au préjudice du fermier?

Dans l'ancienne jurisprudence, ils le pouvaient incontestablement; tous les moyens manquaient à la fois au preneur pour retenir le cheptel; en effet, moins favorisé que le cheptelier simple et le cheptelier à moitié, il ne pouvait puiser dans le sein d'une société civile caractérisée un droit de copropriétaire dans la chose (4); car le cheptel de fer est exclusif de toute société. Son bail à ferme le laissait également désarmé. Car on sait que le contrat de louage n'engendrait pas le *jus in re;* que le droit du preneur n'effleurait pas même la chose et qu'il n'engageait que la personne du bailleur! Aussi jugeait-on au présidial de Bourges (5) que le preneur n'avait que la ressource d'un recours en dommages et intérêts contre ce dernier, et cette jurisprudence est approuvée par Pothier (6).

Aujourd'hui, nous avons d'autres principes, et ces principes nous conduisent à d'autres résultats. Le fermier dont le bail est authentique a, d'après l'art. 1743, un *jus in re*, un droit qui affecte la chose et ses parties immobilières et qui milite contre les tiers (7). Or, le cheptel est un accessoire de l'immeuble affermé, ainsi que nous l'avons dit ci-dessus (8); il s'ensuit que le preneur exclut les créanciers du bailleur et que ceux-ci ne peuvent saisir l'immeuble et le cheptel qu'à la charge de ses droits (9).

1226. Donc, pour nous résumer, le cheptel reste la propriété du bailleur; mais le preneur y acquiert un droit réel, conséquence naturelle de son droit réel sur l'immeuble même.

1227. Ceci sert à fixer la portion des créanciers du preneur. Évidemment ils ne peuvent saisir le fonds du cheptel, puisque leur débiteur n'en est pas propriétaire; ils n'ont pas plus de droit sur le troupeau qu'ils n'en ont sur la ferme même.

1228. Le meilleur moyen pour eux serait d'examiner si le cheptel n'aurait pas acquis un excédant assez considérable pour répondre du montant ou de partie du montant de leur créance; car alors ils pourraient saisir cet excédant, s'il était constant que ce qui reste laisse le cheptel au complet, et que le propriétaire a garantie suffisante qu'à la fin du bail le fermier lui fournira un cheptel égal en valeur à ce qu'il a reçu. Ce tempérament a été consacré par la jurisprudence (10). Il est remarquable par son équité; il ne contrarie aucun principe; je dis même qu'il s'harmonise avec eux; car, comme l'enseignait Pothier (11), *le surplus du cheptel est un profit qui appartient au fermier: les créanciers du bailleur n'ont pas droit de le vendre.* S'il appartient au fermier, si par cela même il échappe à l'action des créanciers du bailleur, il est clair que les créanciers de lui, fermier, peuvent le saisir; il fait partie de ses biens meubles.

1229. Je disais tout à l'heure (12) que l'estimation met la chose aux risques du preneur; cette vérité, écrite dans l'art. 1822, prouve que l'estimation est, dans le cheptel de fer, un fait capital et un élément substantiel; car ce qui caractérise le cheptel de fer c'est principalement que le preneur soit chargé de la perte. S'il n'en était pas ainsi, le cheptel ne serait plus cheptel de fer; il passerait dans la classe du cheptel simple ou des contrats mixtes (13). Or, c'est l'estimation qui engendre cet effet extraordinaire; donc l'estimation entre de toute nécessité dans les conditions essentielles du contrat; c'est en quoi elle diffère de l'estimation dont s'occupe l'art. 1805. En effet, dans le cheptel simple qu'à en vue ce dernier article, l'estimation n'est pas de rigueur, elle n'est que de précaution (14); mais ici, je le répète, elle est indispensable pour mettre le risque du côté du preneur, et ce n'est que par elle que le cheptel de fer se pose sur ses bases normales.

1230. C'est dire assez que l'écriture accompagne presque toujours la convention; d'ailleurs il est rare qu'un cheptel de fer soit inférieur à 150 fr.; et supérieur à cette valeur, il doit être prouvé par les moyens légaux que la loi a cherchés en dehors de la preuve testimoniale pure; nous disons même que si le cheptel existait au moment du bail, comme il en formerait une condition accessoire, il faudrait recourir sur les règles de la preuve aux art. 1715 et 1716 (15).

(1) L. 3, D. *Loc. cond.*
(2) Pothier, no 68.
(3) Art. 1825.
(4) *Supr.*, nos 1151 et suiv.
(5) La Thaumassière, liv. 4, ch. 20.
(6) No 68.
(7) *Supr.*, no 508.
(8) No 1220.
(9) Art. 691 C. pr. c.
(10) Req. Rejet, 8 décembre 1806 (S., 7, 1, 51). M. Merlin, Répert., vo *Cheptel*, § 3, no 5. M. Duvergier, t. 2, no 445.
(11) No 68.
(12) No 1224.
(13) *Infr.*, no 1237.
(14) *Supr.*, no 1076.
(15) *Supr.*, nos 108 et 118.

Article 1823.

Tous les profits appartiennent au fermier pendant la durée de son bail, s'il n'y a convention contraire.

Article 1824.

Dans les cheptels donnés au fermier, le fumier n'est pas dans les profits personnels des preneurs, mais appartient à la métairie, à l'exploitation de laquelle il doit être uniquement employé.

SOMMAIRE.

1231. Les profits du cheptel de fer sont tous pour le fermier.
1232. Excepté les fumiers qui appartiennent à la ferme et doivent servir à l'engraisser.
1233. Mais le bailleur peut se réserver des redevances sur les laitages, les laines, le croît, etc. Raison de ce droit.
1234. Pour qu'il soit valablement stipulé, il n'est même pas nécessaire que le preneur prenne part à la perte.
1235. Obligation du fermier de soigner le bétail, de remplacer les bêtes mortes, etc., de ne rien divertir du capital.

COMMENTAIRE.

1231. Le fermier n'est pas propriétaire du cheptel; néanmoins il en retire tous les profits; le laitage, les labeurs, le croît et les laines sont des produits dont il jouit exclusivement, comme des autres fruits de la ferme. Ainsi il peut tondre sans consulter le bailleur; il peut disposer du croît, sauf ce qui est nécessaire pour remplacer les chefs manquants ou les bêtes qu'il a fallu vendre parce qu'elles étaient inutiles (1). Le prix de ces animaux vieux et hors de service lui profite, puisque le remplacement en a été fait par lui et à ses dépens.

1232. Il n'y a que les fumiers dont il ne peut disposer; les fumiers appartiennent à la ferme (2); ils doivent servir à son exploitation. Obligé, par ses devoirs comme fermier, d'entretenir la ferme d'engrais (3), il contreviendrait à une des lois les plus impérieuses de sa position, s'il faisait tourner les fumiers à son profit; de là la disposition de l'article 1824.

Cet article n'existait pas dans le projet de Code civil, soumis aux cours d'appel; il en résultait une lacune qui aurait pu entraîner de graves abus; elle fut aperçue par la cour de Nismes, qui s'en expliqua en ces termes dans ses observations :

« Comme dans le cheptel simple et dans celui à « moitié, le fumier est au profit du preneur, et que « dans le cheptel donné au fermier il est dit indistinctement (art. 102, 1823), *que tous les profits* « *appartiennent au fermier*, et dans le cheptel donné « au colon partiaire, *que ce cheptel est soumis à tou-* « *tes les règles du cheptel simple*, il semblerait nécessaire d'expliquer que dans les cheptels donnés au « fermier ou au colon partiaire, le fumier n'est pas « dans les profits personnels des preneurs, mais appartient à la métairie, à l'exploitation de laquelle « il doit être employé (4). »

Cette sage remarque fut mise à profit par la section de législation du conseil d'État, et l'art. 1824 fut placé dans la rédaction définitive.

1233. Du reste, la convention peut restreindre le droit du fermier sur les fruits du cheptel; *s'il n'y a convention contraire*, dit l'article 1823; ainsi, le bailleur peut se réserver une redevance en beurre, fromage, même le lait d'une ou plusieurs vaches, une portion de la laine ou du croît. Sans cette retenue sur les profits du troupeau, le prix de ferme aurait été plus considérable; le bailleur aurait pu imposer ces charges au preneur alors même que les bestiaux eussent été la propriété de ce dernier; on en voit tous les jours des exemples dans les baux; à plus forte raison le peut-il lorsque les bestiaux lui appartiennent.

On aperçoit ici une différence entre le cheptel simple ou le cheptel à moitié, et le cheptel de fer. Nous avons vu, en effet, que, dans les deux premières espèces de cheptel, le bailleur ne peut rien retrancher au preneur étranger, des laitages, labeurs, etc. (5); si au contraire la loi permet au preneur d'un cheptel de fer de stipuler des avantages que nous étions accoutumés jusqu'à présent à considérer comme prohibés, c'est que les positions n'ont aucune ressemblance et que le fermier trouve dans la terre, dont la jouissance lui est donnée, la compensation de ces retenues. Aussi la Thaumassière disait-il que le cheptel de fer est susceptible de toute sorte de conventions (6).

1234. Et, faisons-y bien attention, le bailleur peut stipuler les faisances sans entrer dans la perte du cheptel. L'article 1811 n'est pas applicable ici; il ne concerne que le cheptel simple; l'art. 1853, fait pour les sociétés, ne peut être invoqué dans le cheptel de fer, qui est exclusif de la société.

1235. On a vu qu'à moins d'une clause dérogatoire, tous les profits dont jouit ordinairement le propriétaire entrent dans le domaine du fermier; mais

(1) Pothier, n° 69.
(2) *Supr.*, n°s 666 et 780.
(3) *Supr.*, n° 663.
(4) Fenet, t. 5, p. 25.
(5) *Supr.*, art. 1811 et 1819.
(6) Sur Berry, t. 17, *Préface*.

s'il jouit comme le propriétaire, il doit, comme lui, être animé de l'esprit de conservation. De là l'obligation de conserver intact le fonds de bétail, de remplacer les bêtes mortes ou dépérissantes (1), de soigner, nourrir et entretenir convenablement le troupeau; de ne pas divertir les bêtes de leur destination. Si le fermier se permettait de faire des ventes qui diminuassent le capital, le bailleur aurait contre lui une action en dommages et intérêts, ou même en résolution du bail.

Article 1825.

La perte, même totale et par cas fortuit, est en entier pour le fermier s'il n'y a convention contraire.

SOMMAIRE.

1236. Le fermier est chargé de toute la perte. Raison de cette exception à la règle *Res perit domino*.
1237. Du cas où le bailleur entrerait dans le risque par la convention. Ce ne serait plus le cheptel de fer dans sa pureté.
1238. Comparaison du fermier par cheptel de fer à l'usufruitier sous le rapport du risque.
Raisons des différences qui existent entre les deux positions.

COMMENTAIRE.

1236. La règle *Res perit domino* est sujette à de nombreuses exceptions (2). Nous en trouvons ici une tout à fait remarquable. Le cheptel appartient pour le tout au propriétaire, et cependant, il périt pour le fermier. Il est même de la nature du cheptel de fer qu'il en soit ainsi; car ce n'est qu'à cause de cela qu'il porte son nom. Les animaux qui le composent n'ont été appelés bêtes de fer que *parce qu'elles ne peuvent mourir à leur seigneur* (3).

Pourquoi cette exception à la règle : Que la perte suit le propriétaire et qu'elle ne pèse pas sur le fermier (4)?

Dans les baux de biens ruraux, il arrive très-souvent que l'on met la force majeure à la charge du fermier par une stipulation expresse. Cette convention est autorisée par les art. 1773 et 1774 du Code civil, conforme à la doctrine des jurisconsultes romains (5). Elle s'explique très-facilement. Le fermier chargé de risque paye moins en canon, qu'il n'aurait payé s'il n'en eût pas été chargé. La charge est compensée par un avantage.

Ce que la convention peut faire dans les baux dont nous venons de parler, la loi le fait *ipso jure* dans le cheptel de fer. La raison en est palpable; le fermier a tous les profits du cheptel, il doit donc en avoir les risques. *Eadem debet esse ratio lucri et damni* (6).

Cette responsabilité est d'autant plus juste que le fermier, n'ayant pas de dépenses à faire pour loger et nourrir le troupeau, et n'ayant à lui donner que les soins d'un bon père de famille, a devant lui plus de chances favorables que de risques de perte. Le troupeau porte en lui ses éléments de progrès; le croît vient chaque année ajouter à sa prospérité; et telle est la prévoyance de la nature, que les éléments réparateurs qu'elle a mis en chaque chose sont en général plus puissants, plus actifs que les causes de destruction (7).

1237. Toutefois l'art. 1825 autorise la convention qui chargerait le bailleur d'une partie du risque. Mais alors le cheptel de fer est dénaturé; il comprend des bêtes qui ne sont pas *bêtes de fer*, puisqu'elles *peuvent mourir à leur seigneur* (8). Il se complique d'éléments qui sortent de sa nature; il est mélangé, soit de cheptel simple, si le bailleur, en prenant une part dans les risques, est associé à une part dans les bénéfices; soit du louage ordinaire, si le risque qu'il assume, comme tout bailleur (1722), ne trouve son indemnité que dans le prix de ferme.

1238. Mais revenons à l'état normal du cheptel de fer, qui est la perte totale pour le preneur.

On aperçoit que la position de celui-ci est loin d'être aussi avantageuse que celle de l'usufruitier. Ce dernier n'est pas tenu de la perte totale, et quant à la perte partielle, il n'est tenu de la réparer que jusqu'à concurrence du croît (9). Mais nous avons vu ci-dessus que ce n'est pas sur les droits de l'usufruitier que le législateur a entendu calquer les droits du cheptelier (10). Ici, la qualité du fermier fait ressortir avec plus de force la différence des positions. Le fermier est un spéculateur (11); il suit une chance; il met en balance le risque des mauvaises années avec le produit des bonnes, la perte finale avec le gain espéré pour son travail; mais, précisément parce qu'il spécule sur la propriété, il ne doit pas trouver extraordinaire que la propriété spécule sur lui, et que, sans excéder les bornes de l'équité, elle se décharge sur sa personne d'une partie de son fardeau; et comment l'équité serait-elle blessée? Aux raisons que nous venons de donner ci-dessus (12), ajoutons que le croît et les laines ne sont pas les seuls avantages dont il pro-

(1) N° 1231.
(2) *Supr.*, n° 1096.
(3) *Supr.*, n° 1216.
(4) Art. 1722. *Supr.*, n° 203.
(5) *Supr.*, nos 755, 756, 759.
(6) *Supr.*, n° 1222. Pothier, n° 70.
(7) Pothier, n° 70. *Supr.*, n° 1222.
(8) *Supr.*, n° 1216.
(9) Art. 616 C. C. *Supr.*, n° 1101.
(10) *Supr.*, nos 1101 et suiv.
(11) *Infr.*, n° 1245.
(12) N° 1236.

fite; il a encore l'amélioration intrinsèque des bêtes, en sorte que si, par exemple, 200 jeunes bêtes lui ont été livrées valant 1,000 fr., et qu'à la fin du bail les mêmes bêtes valent 1,500 fr., cette plus value sera pour lui. L'usufruitier n'est pas placé dans les mêmes conditions. Ce n'est pas l'esprit de spéculation qui détache l'usufruit de la propriété, c'est ordinairement une pensée de gratitude et de libéralité, et il eût été contraire à cet esprit de rendre la libéralité onéreuse, en lui faisant supporter les charges naturelles de la propriété. Le croît appartient sans doute à l'usufruitier; c'est un fruit qui accède à l'usufruit; mais l'amélioration des animaux existants profite au propriétaire; en sorte que, si une vache fût devenue pleine pendant l'usufruit, et que l'usufruit eût pris fin avant qu'elle n'eût vêlé, c'est le propriétaire qui retirerait l'avantage de ce produit; au contraire, le fermier emporterait ce qu'une vache pleine vaut de plus qu'une vache qui ne l'est pas (1).

Article 1826.

A la fin du bail, le fermier ne peut retenir le cheptel en en payant l'estimation originaire; il doit en laisser un de valeur pareille à celui qu'il a reçu.

S'il y a du déficit, il doit le payer, et c'est seulement l'excédant qui lui appartient.

SOMMAIRE.

COMMENTAIRE.

1239. Tout s'enchaîne dans les dispositions de notre section. Le preneur, avons-nous dit ci-dessus (2), n'est pas propriétaire du cheptel; l'estimation ne l'a pas rendu acheteur. Donc il ne peut en fin de bail retenir la chose et donner le prix. Le cheptel de fer a été établi dans l'intérêt de l'agriculture pour la prospérité des fermes, qui doivent être constamment fécondées par le séjour réparateur des bestiaux. Or, à quel dommage un domaine ne serait-il pas exposé, si le fermier sortant était maître de le dégarnir de son instrument le plus puissant de production? Il faut donc que le fermier laisse sur la ferme un cheptel d'animaux égal en valeur à celui qu'il a reçu. Les individus qui le composent peuvent ne pas être les mêmes que ceux dont l'agrégation formait originairement le troupeau; il n'importe; car ils ne sont que des parties mobiles, susceptibles de changement, et c'est toujours le même troupeau: *Unum corpus ex distantibus capitibus* (3).

1240. Cette obligation du preneur est tellement impérieuse que la loi lui donne la plus rigoureuse des sanctions, à savoir, la contrainte par corps (art. 2062); tant il a paru nécessaire d'empêcher que le fermier ne tînt dans sa main l'espérance de la ferme et ne pût compromettre, dans un moment de dépit, le sort de la culture. Tout fermier sortant qui ne représente pas le cheptel en nature, peut être contraint par corps et il ne peut échapper à cette mesure de sévérité qu'en prouvant que le déficit ne provient pas de son fait.

1241. Mais si l'événement de force majeure qui a fait périr le troupeau le met à l'abri de la contrainte par corps, il ne le dispense pas d'en payer la valeur au propriétaire. *S'il y a du déficit*, dit notre article, *il doit le payer*. C'est là une conséquence de son obligation de supporter toute la perte.

1242. Au reste, on voit par là que le preneur, frappé d'un sinistre imprévu, n'est pas tenu de remplir, en nature, le vide du troupeau. Le propriétaire ne pourrait pas l'obliger à livrer des bêtes au lieu d'argent, et il pourrait obliger le propriétaire à recevoir de l'argent au lieu de bêtes (4).

1243. Pour savoir s'il y a déficit, on fait, à la fin du bail, une nouvelle estimation du cheptel (5). On tient compte non-seulement de l'augmentation du nombre, mais encore de l'amélioration intrinsèque des bestiaux, provenant soit de ce que les jeunes bêtes sont arrivées à un âge plus vigoureux, soit de ce que certains animaux auraient été engraissés, soit enfin de ce que les femelles seraient pleines (6), etc. Puis on en compare le résultat à l'estimation primitive (art. 1822).

1244. Si, au lieu d'un déficit, il y a un excédant, le fermier le retient. C'est sa propriété, c'est le fruit de ses soins et la récompense des chances mauvaises auxquelles il s'est soumis. Il lui suffit de laisser, dans la ferme, des bestiaux jusqu'à concurrence du montant de l'estimation originaire.

1245. Nous avons dit que c'est à la fin du bail que le propriétaire reprend son cheptel, et que le fermier retire son profit ou paye le déficit; nous ajoutons que le cheptel de fer n'est pas assujetti pour le temps de sa durée aux règles du cheptel simple ou du cheptel à moitié (art. 1818). Il est l'accessoire du bail de la ferme, et il ne finit qu'avec lui (7).

(1) *Infr.*, n° 1243.
(2) Nos 1224, 1225, 1226.
(3) Inst., § 18, *De legatis.*
(4) V. M. Mouricault (Fenet, t. 14, p. 348). Locré, t. 7, p. 209, n° 22. *Junge* Pothier, n° 67, qui dit : *Il doit payer en argent.*
(5) Arg. de l'art. 1817.
(6) *Supr.*, n° 1238.
(7) *Infr.*, n° 1255. Arg. de l'art. 1819.

§ II.

Du cheptel donné au colon partiaire.

Article 1827.

Si le cheptel périt en entier sans la faute du colon, la perte est pour le bailleur.

SOMMAIRE.

1246. Différence du cheptel de fer et du cheptel donné au métayer.
1247. Le cheptel donné au métayer n'est qu'un cheptel simple, modifié en quelques points.
1248. Esprit des articles qui suivent. Leur but n'a pas toujours été bien compris.
1249. Pourquoi l'art. 1827 a cru utile de répéter cette règle fondamentale en cheptel simple, que la perte totale est pour le bailleur.

COMMENTAIRE.

1246. Le cheptel donné au colon partiaire est loin d'être semblable au cheptel de fer. Il y a entre l'un et l'autre toute la différence qui sépare le fermier du métayer. Le fermier traite par spéculation (1); d'une part, il se soumet à un prix réglé à forfait; mais de l'autre, il veut jouir de tous les bénéfices de la chose, et n'avoir pas à en compter avec le propriétaire. Au contraire, le métayer, dont les moyens sont bornés et qui n'engage ses soins que pour se procurer sa subsistance (2), ne se hasarde pas dans des chances aventureuses pour lui. Trop faible pour marcher seul, il a besoin de l'appui du maître; il s'associe avec lui, et ne s'oblige qu'à partager ce qu'il y aura de produits. L'association est donc un élément substantiel du bail à colonage partiaire; c'est elle qui donne un peu de force au pauvre laboureur, et qui le fait vivre et travailler; tandis que le fermier, qui a plus de moyens, et par conséquent plus d'indépendance, tire de son isolement du propriétaire, les bénéfices de sa spéculation.

Il suit de là que le cheptel donné au colon partiaire doit nécessairement être compliqué d'un élément d'association. Dès lors il faut qu'il rentre dans la classe du cheptel simple ou du cheptel à moitié. L'art. 1819 nous a donné un exemple du cheptel à moitié, fourni au métayer (3). Les art. 1827 et suiv. vont nous entretenir du cheptel simple, placé dans la métairie dont le colon partiaire entreprend l'exploitation.

1247. Cette manière d'envisager le cheptel donné au métayer a été signalée dans le rapport de M. Mouricault (4). « Ce n'est, disait-il, qu'un véritable bail » de cheptel simple donné par le propriétaire du » cheptel à son colon partiaire, et qui, par cette rai» son, *et en considération de ce que le bailleur fournit le logement et la nourriture*, est susceptible de » clauses interdites aux baux de ce genre qui sont » donnés à d'autres. »

Ainsi, ce que nous avons à étudier ici, c'est une variété du cheptel simple; l'art. 1830 l'indique d'ailleurs surabondamment. Jusqu'à présent, en effet, nous n'avions considéré le cheptel simple que dans les mains d'un étranger. Le propriétaire donnait le troupeau, mais le cheptelier fournissait, outre ses soins, la nourriture et l'hébergement. Maintenant le cheptel simple est dans la main du colon partiaire (5), et celui-ci, trouvant dans la métairie la nourriture et les logements, est déchargé de cette pesante contribution. Il suit de là que le bailleur devra avoir plus de latitude pour se réserver certains avantages que la loi lui défend, quand ce n'est pas lui qui fait face à ces charges.

1248. Ceci posé, j'ai de la peine à comprendre les scrupules que M. Duvergier a conçus à la lecture du rapport de M. Mouricault (6). D'où viennent ses doutes? N'serait-il que le cheptel, donné au colon partiaire, ne soit un cheptel simple? Je ne le pense pas; car l'erreur serait trop forte. Ce qui paraît le préoccuper davantage, c'est la crainte qu'on ne considère tous les articles dont se compose ce paragraphe comme autant d'exceptions aux règles du cheptel simple; mais il faudrait être bien mal avisé pour tomber dans un paradoxe aussi absurde. Et comment pourrait-on considérer sous ce point de vue et l'art. 1827, et le dernier paragraphe de l'art. 1828 et l'art. 1830? Qui ne voit que certaines règles du cheptel simple sont rappelées ici, non pas, comme le croit M. Duvergier, pour faire ressortir la différence trop manifeste qui existe entre le cheptel placé dans les mains du métayer et le cheptel placé dans les mains du fermier, mais pour montrer que ces règles restent inébranlables, alors même que c'est le bailleur qui fournit les pâturages, les foins et les étables (7).

Il faut donc reconnaître dans ce soin attentif du législateur une nouvelle preuve de sa volonté de travailler sur le fonds même du cheptel simple approprié au bail à colonage partiaire.

1249. Notre article pose en principe que la perte totale du cheptel est au compte du bailleur lorsqu'elle arrive par cas fortuit. Nous avons vu que telle est la règle en cheptel simple (8). Mais cette répétition n'est pas une redondance. On aurait pu penser que l'association du métayer à tous les profits du troupeau, alors qu'il est dispensé de la nourriture et de l'hébergement, pouvait être une raison de l'associer dans la perte totale. La loi a voulu prévenir cet abus en déclarant expressément que le cheptel, placé dans les mains d'un métayer, périt toujours en totalité pour le propriétaire, aussi bien que le cheptel simple confié aux soins d'un étranger.

(1) *Supr.*, n° 1238. M. Jaubert (Fenet, p. 357). Locré, t. 7, p. 214, n° 13.
(2) M. Jaubert (*loc. cit.*).
(3) *Supr.*, n° 1205.
(4) Fenet, t. 14, p. 348. Locré, t. 7, p. 209, n° 22.
(5) V. Pothier, n° 4.
(6) T. 2, n° 449.
(7) V. le numéro suivant et surtout le n° 1252.
(8) Art. 1810. *Supr.*, n° 1097 et suiv.

Article 1828.

On peut stipuler que le colon délaissera au bailleur sa part de la toison à un prix inférieur à la valeur ordinaire;

Que le bailleur aura une plus grande part du profit;

Qu'il aura la moitié des laitages;

Mais on ne peut pas stipuler que le colon sera tenu de toute la perte.

SOMMAIRE.

1250. Des exceptions au cheptel simple. Première exception. Raison qui la légitime.
1251. Deuxième exception avec sa justification.
1252. A qui appartiennent les fumiers?
1253. Le preneur ne peut être chargé de la perte totale.
1254. Mais il peut être admis à en supporter une partie.
1255. Clarté des dispositions de l'art. 1828, non aperçue par tous les auteurs.

COMMENTAIRE.

1250. Venons maintenant aux exceptions que la qualité de métayer du propriétaire des bestiaux apporte au cheptel simple.

1° Nous avons vu ci-dessus (1) que le cheptelier simple qui supporte la moitié de la perte partielle et la moitié de la perte dans les croîts et laines, doit conserver sa moitié intacte dans les produits.

Ici il n'en est pas de même; il peut être stipulé que le colon délaissera au bailleur sa part de la toison à un prix inférieur à la valeur ordinaire.

Ou bien qu'il aura une part plus grande que la moitié dans les croîts et les laines.

La raison en est que le métayer, qui souffre une diminution sur sa part dans les produits, peut en être dédommagé par les autres avantages qu'il trouve dans l'exploitation de la métairie. Or, cette compensation n'existe pas quand le cheptel est donné à un étranger. Il y a une autre circonstance à poser, c'est que ce dernier fournit la nourriture et les logements, tandis qu'ici c'est le maître qui les donne au métayer.

1251. 2° Nous avons vu en outre que le bailleur ne peut rien retrancher au preneur sur la totalité des laitages, fumiers et labeurs (2), car ces produits sont le payement de la charge de nourrir, soigner et loger le bétail.

Ici, il en est autrement, puisque la nourriture et l'hébergement ne coûtent rien au métayer. Le bailleur peut donc stipuler que les laitages et labeurs seront partagés comme les autres produits de la métairie (3).

1252. Quant aux fumiers, on sait qu'ils appartiennent à la métairie et qu'ils doivent être employés à engraisser les terres sans pouvoir en être distraits (4), si ce n'est du consentement du propriétaire.

1253. Mais le bailleur pourra-t-il stipuler que la perte totale du cheptel sera pour le preneur? Les raisons qui ont porté à déroger à certaines règles du cheptel simple, sont-elles suffisantes pour faire exception à la disposition de l'art. 1811, qui déclare nulle la clause par laquelle le bailleur se décharge de la perte totale sur le preneur?

La Thaumassière enseignait l'affirmative (5). Il voulait que le bail à cheptel, uni à une métairie, fût susceptible de toutes sortes de clauses, et que les bailleurs pussent se réserver tous avantages quelconques, toujours par cette raison, « qu'ils ne fournissent « pas seulement le bétail, mais encore les manoirs « pour les logements des preneurs; les étables et ber« geries pour retirer les bestiaux; les prés, pacages, « fourrages pour les nourrir (6). » Mais Pothier, tout en admettant que le bailleur d'une métairie garnie d'un cheptel peut se faire une position meilleure que celui qui baille un cheptel simple à un étranger, trouvait que la Thaumassière allait trop loin en prétendant que la convention pouvait imposer au preneur la responsabilité de la perte totale (7). « Cette déci« sion, dit-il, me paraît souffrir beaucoup de difficul« tés, surtout lorsqu'un fermier est un fermier par« tiaire, *à qui, par le bail, on n'assigne que la part « ordinaire qu'il est d'usage dans le pays d'assigner « au fermier dans les fruits*; car on ne peut pas dire, « en ce cas, qu'il a été indemnisé du risque qu'on lui « fait supporter. »

Ces raisons équitables ont paru déterminantes aux rédacteurs du Code civil. Ils leur ont donné la préférence sur le sentiment trop rigide du commentateur de la coutume du Berry.

1254. Mais rien n'empêche de stipuler que le preneur entrera, sinon pour la totalité, au moins pour partie, dans la perte totale. On pourrait lui assigner le tiers, la moitié, les deux tiers. Les raisons de la Thaumassière reprennent ici toute leur force.

1255. Tel est le résultat général des dispositions de l'art. 1828; dispositions sages, et surtout parfaitement claires et logiques. M. Duvergier (8) n'a pu y trouver de l'obscurité que parce qu'il ne s'est pas fait des idées justes, à notre avis, sur certaines dispositions du titre du cheptel qui, entendues suivant l'interprétation qu'il leur donne, se combineraient mal en effet avec l'art. 1828 (9).

(1) *Supr.*, n° 1126.
(2) N° 1127.
(3) *Junge* Nivernais, t. 21, art. 4, et Coquille, sur cet article. Pothier, n° 28.
(4) *Supr.*, nos 1131, 663, 666, 780.
(5) Sur Berry, t. 17, art. 11.
(6) Préface du t. *des Cheptels*.
(7) N° 28.
(8) T. 2, n° 451.
(9) *Supr.*, n° 1139.

Article 1829.

Ce cheptel finit avec le bail à métairie.

SOMMAIRE.

COMMENTAIRE.

1256. L'art. 1829 contient une dérogation aux règles du cheptel simple, qui, à défaut de convention, dure trois ans (art. 1815). Mais il ne pouvait en être ainsi lorsque le cheptel est uni à une métairie; car il est alors un accessoire du bail; il en fait partie, et il ne peut par conséquent se terminer qu'avec lui (1).

Article 1830.

Il est d'ailleurs soumis à toutes les règles du cheptel simple.

SOMMAIRE.

COMMENTAIRE.

1257. Nous ne reviendrons pas sur ce que nous avons dit aux nos 1245 et 1246, savoir. que le cheptel donné au métayer n'est qu'une variété du cheptel simple. En suivant cette idée, nous avons montré en quels points les règles de ce contrat souffrent exception quand le troupeau, au lieu d'être confié à un étranger, est placé entre les mains d'un colon partiaire. Nous avons vu aussi, à la suite du législateur, ce qu'il faut penser de certaines questions controversées que plusieurs jurisconsultes ont essayé de résoudre dans le sens d'une exception au cheptel simple, tandis que les circonstances particulières dans lesquelles le métayer se trouve placé ne sont pas assez déterminantes pour le faire sortir du droit commun. Au point où nous sommes maintenant parvenus, les dissidences d'opinions disparaissent, les exceptions sont comptées, et il n'en reste plus à signaler. Nous rentrons dans les termes du cheptel simple, dans sa pureté, et toutes ses règles sont applicables au métayer. Il est inutile de les rappeler ici.

1258. Nous nous bornerons à dire que parmi ces règles qui le dominent de plein droit, il en est une dont on a voulu contester l'application. C'est celle qui met la moitié de la perte partielle à la charge du cheptelier simple. Mais il est évident que l'art. 1830, combiné avec l'art. 1825 et avec l'art. 1810, parle trop clairement pour que le doute soit permis, et qu'il n'y a pas de bonne raison pour mettre ici la moindre différence entre le métayer que le propriétaire installe dans un domaine pourvu de logements et de pâturages, et le cheptelier étranger, qui ne reçoit du propriétaire que le troupeau sans la nourriture et l'hébergement (2).

1259. Au reste, le colon partiaire est assujetti, comme le fermier, à la contrainte par corps pour la représentation du cheptel (art. 1062). Pour échapper à ce moyen rigoureux, il faut qu'il prouve que le cheptel ou la partie de cheptel qu'il ne représente pas, ont péri par force majeure. Dans ce cas, on règle cette perte d'après les bases de calcul adoptées par le droit commun (2) ou par la convention.

SECTION V.

DU CONTRAT IMPROPREMENT APPELÉ CHEPTEL.

Article 1831.

Lorsqu'une ou plusieurs vaches sont données pour les loger et les nourrir, le bailleur en conserve la propriété; il a seulement le profit des veaux qui en naissent.

SOMMAIRE.

(1) Coquille, sur Nivernais, t. 21, art. 4. *Supr.*, no 1245.
(2) Limoges, 21 février 1839 (S., 39, 2, 406).
(3) Art. 1810, 1827.

COMMENTAIRE.

1260. Voici un contrat dont Pothier est le seul jurisconsulte, à ma connaissance, qui se soit occupé avant le Code civil. Il nous apprend qu'il est fort usité dans le vignoble d'Orléans (1). J'ignore s'il l'est ailleurs. Je n'en ai rencontré aucun exemple dans ma pratique. Je ne puis donc que résumer ici les notions que Pothier s'est appliqué à recueillir à cet égard à la fin de son *Traité des Cheptels*.

1261. Par ce contrat, un particulier donne une vache à un vigneron pour la loger et la nourrir. Le bailleur conserve la propriété de la vache; elle est à ses risques. Mais, pour indemniser le preneur de ses soins, de la nourriture et de la litière que ce dernier doit fournir, le propriétaire lui abandonne : 1° le profit des laitages, sauf celui qui est nécessaire pour la nourriture du croît jusqu'à ce qu'il soit sevré ; 2° le profit du fumier. Le croît appartient en totalité au bailleur.

1262. Ce contrat n'est pas un contrat de société; car il est de l'essence de la société que les parties contractantes mettent chacun quelque chose en commun dans la vue de faire un gain à partager. Ici les parties ne mettent rien en commun ; elles n'ont rien à partager; chacun a sa part distincte : le bailleur a les veaux, le preneur le laitage et le fumier (2).

Ce contrat n'est pas non plus un cheptel simple; car il n'y a pas de cheptel de cette espèce sans une société dans le gain et dans la perte.

Il n'est pas un louage de chose (3); car il est de l'essence du louage de choses qu'il y ait une chose louée et un loyer consistant en argent ou en nature. Ici il n'y a pas de loyer; le preneur ne paye rien au bailleur; il ne lui doit rien. Le croît n'est pas une dette du preneur; c'est un fruit naturel que le propriétaire prend par droit d'accession. De plus, le propriétaire n'abandonne pas la chose au preneur pour qu'il en jouisse; et de fait il n'en jouit pas, puisque le fruit le plus important, c'est-à-dire le croît, cède au propriétaire; le preneur reçoit l'animal pour le soigner et pour se procurer une indemnité de son travail et de ses dépenses d'entretien.

Suivant Pothier, ce contrat ne peut être qu'un contrat innommé, de la classe de ceux *do ut facias*. Il n'ose pas l'appeler louage d'ouvrage, parce que dans ses principes, empruntés au droit romain, il fallait nécessairement dans le louage d'ouvrage un prix en argent (4). Mais j'ai démontré ailleurs que notre droit français ne tient pas à cette subtilité (5). Je crois donc qu'il s'agit ici d'un louage d'ouvrage improprement appelé cheptel. Le preneur loue son travail, ses soins, et prend l'animal en pension. C'est le *facias* du contrat anonyme de Pothier, ou plutôt c'est le *s'engage à faire* de l'art. 1710 du Code civil, qui définit le louage d'ouvrage. D'un autre côté, le bailleur lui donne en retour le laitage et les fumiers ; c'est le *do* de Pothier, ou plutôt c'est là *le prix* exigé par l'art. 1710.

1263. L'obligation de payer le preneur avec le lait de la vache entraîne celle de le faire jouir de la totalité de ce produit, moins ce qui est nécessaire pour allaiter le veau, depuis le moment où la mère a vêlé (6) jusqu'à ce que le veau soit en état d'être sevré.

C'est pourquoi, aussitôt que le veau est susceptible d'être vendu, le bailleur est obligé de le retirer, à peine de dommages et intérêts; car, s'il le laissait plus longtemps chez le preneur, il diminuerait, par la consommation de la jeune bête, le profit du laitage qu'il doit céder au preneur. C'est à quatre semaines, au plus tard, qu'on estime qu'un veau est en âge d'être sevré et vendu. Si le bailleur ne retire pas le veau, le preneur doit le mettre en demeure, en l'assignant pour qu'il en prenne possession (7).

1264. Lorsque la durée de ce contrat a été fixée par la convention, il ne se dissout que par l'échéance du terme, à moins que le preneur ne mésuse (8).

1265. Mais si la convention est muette sur le temps, comme cela arrive presque toujours dans le vignoble d'Orléans, le bailleur peut retirer la vache quand bon lui semble, pourvu que ce soit en temps opportun et non préjudiciable au preneur (9).

Le bailleur manquerait à cette loi de l'équité s'il voulait la retirer aussitôt après qu'il a retiré le veau; car il est juste que le preneur, qui a été privé de lait pendant le temps que la mère a nourri son fruit, soit dédommagé par un temps de jouissance raisonnable, à compter du moment où tout son lait peut être utilisé pour les usages domestiques et commerciaux (10).

Ce ne serait pas non plus retirer la vache, *tempore opportuno*, si le bailleur, qui a donné la vache à l'entrée de l'hiver, voulait la retirer au mois d'avril; car il serait trop dur qu'elle fût enlevée, à l'époque la plus favorable de l'année, au preneur, qui a eu la charge de la nourrir pendant la saison où les fourrages sont rares et chers, et où le lait est peu abondant (11). Si le bailleur n'est pas assez juste pour accorder volontairement au preneur un temps suffisant pour le dédommager, c'est au juge à l'arbitrer avec modération.

1266. De son côté, le preneur contracte l'obliga-

(1) N° 71.
(2) Pothier, n° 71.
(3) Id.
(4) *Supr.*, nos 3 et 814. V. son contrat du *Louage*, n° 400.
(5) N° 3.
(6) Faire veau.
(7) Pothier, n° 72.
(8) Id., 73.
(9) Id.
(10) Id.
(11) V. *supr.*, n° 1170. Pothier, *loc. cit.*

tion de donner à l'animal tous les soins du bon père de famille (1). Il est responsable de la faute légère (2).

Si l'animal tombe malade, il doit en donner avis au bailleur. Ce dernier est obligé de le faire soigner à ses dépens; car le preneur n'est tenu que de la nourriture ordinaire (3).

1267. En cas de perte par cas fortuit, le preneur sera tenu de prouver la force majeure, et le bailleur qui alléguera que la faute n'y a pas été étrangère, devra, de son côté, en administrer la preuve. On voit que j'étends au preneur la disposition favorable et exceptionnelle de l'art. 1808; en règle générale, le preneur n'arrive à faire une preuve complète de la force majeure qu'en démontrant que sa faute ne l'a pas provoquée (4). Mais j'incline pour l'art. 1808; car, bien qu'il s'éloigne en un point du droit commun (5), néanmoins la confraternité du contrat dont nous nous occupons avec le cheptel véritable, me fait croire que c'est dans le chapitre IV que se puisent de préférence les raisons de décider les cas difficultueux.

1268. Parmi les obligations du preneur se trouve celle de conduire la vache au taureau pour la féconder; car le bailleur est censé s'être réservé le profit des veaux, et le preneur doit faire ce qui est nécessaire pour le lui assurer (6).

1269. Les règles sur la résolution du contrat sont les mêmes à l'égard du preneur qu'à l'égard du bailleur. Néanmoins il y a quelques nuances qu'il faut faire connaître; elles tiennent à la nature des choses.

Ainsi, bien que le contrat ne finisse que par l'expiration du terme convenu, néanmoins si, avant cette échéance, la vache était atteinte d'une maladie qui la privât de son lait, le preneur serait reçu à la rendre incontinent; car il manquerait du profit qui l'avait déterminé à se charger de nourrir l'animal (7).

1270. Ainsi encore, il est bien vrai que dans le cas où la convention est muette sur la durée du louage, le preneur a le même droit que le bailleur pour rendre la vache quand il lui plaît; il est bien vrai aussi que, comme le bailleur, il ne doit la rendre que *tempore opportuno*. Mais le point de vue pour apprécier cette opportunité n'est pas le même.

Par exemple, le preneur s'écarterait des lois de l'équité s'il voulait rendre la vache lorsqu'elle est prête à vêler; car le lait ne lui a été concédé qu'à la charge qu'il nourrirait le veau jusqu'au moment de le sevrer. Il ne serait pas juste qu'après avoir joui du profit, il cherchât à échapper à la charge qui en était la condition (8).

Ce ne serait pas non plus rendre la vache *tempore opportuno* si, la vache lui ayant été donnée au commencement du printemps, il voulait la rendre au commencement de l'hiver; car, en ayant joui pendant tout le temps des bonnes herbes et des pâturages abondants, il devrait sentir qu'il est de la justice qu'il prenne sa part des difficultés de la mauvaise saison (9).

1271. Nous avons dit qu'ordinairement la vache est aux risques du bailleur. Pothier dit que quelquefois on convient que le preneur aura la moitié du profit des veaux et qu'il supportera moitié dans la perte de la vache occasionnée par cas fortuit. Cette clause n'a rien que de très-légal, lorsqu'elle intervient à l'égard d'une vache jeune et dans l'âge de multiplier. Mais elle serait inique à l'égard d'une vache vieille, parce que, associant le preneur aux chances de perte, elle ne lui donnerait en compensation que des profits imaginaires (10).

Du reste, il me semble que l'association du preneur dans la perte de la chose et dans le profit du croît ferait sortir la convention de la classe du contrat de louage. Ce ne serait plus le contrat improprement appelé cheptel, dont s'occupe notre section; mais ce ne serait pas non plus le cheptel proprement dit; car le cheptel suppose un fonds de bétail (art. 1800), et ici il n'y a qu'un individu ou des individus (*singula capita*) (11) qui ne forment pas un troupeau (*universitas*) (12). Point d'estimation en commençant; point d'estimation non plus à la fin du contrat à l'effet de partager (art. 1817). Différence dans l'époque légale de résolution, puisque le cheptel est censé durer trois ans (art. 1815), et que le contrat dont parle Pothier est résoluble *ad nutum*, sauf à observer certains ménagements pour que la rupture du contrat n'entraîne pas de préjudice pour l'une des parties. En un mot, je crois que cette convention serait une société civile pure et simple, de la nature de celles dont s'occupe le titre suivant.

(1) Art. 1806, 1789.
(2) *Supr.*, n° 1079.
(3) Pothier, n° 74.
(4) *Supr.*, n° 1092.
(5) Id.
(6) Pothier, n° 74.
(7) Pothier, n° 75.
(8) Id., n° 76.
(9) Id.
(10) Id.
(11) Ulpien, l. 70, § 3, D. *De usufr.*
(12) Id.

FIN.

TABLE DES MATIÈRES.

FIN DE LA TABLE.

TABLE DES SOMMAIRES.

DE L'ÉCHANGE.

DU CONTRAT DE LOUAGE.

CHAPITRE Ier.

DISPOSITIONS GÉNÉRALES.

CHAPITRE II.

DU LOUAGE DES CHOSES.

SECTION PREMIÈRE.

DES RÈGLES COMMUNES AUX BAUX DES MAISONS ET DES BIENS RURAUX.

SECTION II.

DES RÈGLES PARTICULIÈRES AUX BAUX A LOYER.

SECTION III.

DES RÈGLES PARTICULIÈRES AUX BAUX A FERME.

CHAPITRE III.

DU LOUAGE D'OUVRAGE ET D'INDUSTRIE.

SECTION PREMIÈRE.

DU LOUAGE DES DOMESTIQUES ET OUVRIERS.

SECTION II.

DES VOITURIERS PAR TERRE ET PAR EAU.

SECTION III.

DES DEVIS ET DES MARCHÉS.

CHAPITRE IV.

DU BAIL A CHEPTEL.

—

SECTION PREMIÈRE.

DISPOSITIONS GÉNÉRALES.

SECTION II.

DU CHEPTEL SIMPLE.

SECTION III.

DU CHEPTEL A MOITIÉ.

SECTION IV.

DU CHEPTEL DONNÉ PAR LE PROPRIÉTAIRE A SON FERMIER OU COLON PARTIAIRE.

§ Ier.

Du cheptel donné au fermier.

TABLE

GÉNÉRALE, ALPHABÉTIQUE ET ANALYTIQUE

DES MATIÈRES

CONTENUES DANS CET OUVRAGE.

Les chiffres indiquent le numéro des paragraphes et non la page.
La lettre (E), placée à côté d'un numéro, indique que le renvoi se réfère au Commentaire de l'*Échange*.
Les autres numéros qui ne sont pas accompagnés de cette indication, se réfèrent au Commentaire du *Louage*.

A.

(*Les chiffres renvoient aux numéros. — La lettre* E *indique* Échange.)

B.

(*Les chiffres renvoient aux numéros. — La lettre* E *indique* Échange.)

C.

(*Les chiffres renvoient aux numéros. — La lettre* E *indique* Échange.)

D.

(*Les chiffres renvoient aux numéros. — La lettre* E *indique* Échange.)

E.

(*Les chiffres renvoient aux numéros. — La lettre E indique Échange.*)

F.

(*Les chiffres renvoient aux numéros. — La lettre* E *indique* Échange.)

(*Les chiffres renvoient aux numéros.* — *La lettre* E *indique* Échange.)

M.

N.

O.

P.

Q.

R.

S.

(Les chiffres renvoient aux numéros. — La lettre E, indique Échange.)

(Les chiffres renvoient aux numéros. — La lettre E, *indique* Échange.)

FIN DE LA TABLE GÉNÉRALE, ALPHABÉTIQUE EN ANALYTIQUE.

ERRATA.

Pag. 14, au n° 44, IRREQUIETO, *lisez :* IRREQUISITO.

Pag. 33, note 10, *supprimez :* Cicéron *des Offices*, n° 22.

Pag. 33, note 12, après *de Officiis*, au lieu des renvois indiqués, *lisez :* lib. 1, n° 21 ; lib. 2, nos 78, 79, 83.

Pag. 33, note 14, après *de Officiis II, lisez* n° 73. :

Pag. 33, note 5, au lieu de *Offic.* II, 8, *lisez : Offic.* II, 28.

Pag. 43, la note 15 doit correspondre au n° 16, et la note 16 correspond au n° 15.

Pag. 46, 2e colonne, ligne 49, *au lieu de* par son illustre, *lisez :* par l'illustre.

Pag. 53, note 3, *au lieu de* voyez de plus la note 1, *lisez :* voyez de plus la note précédente.

Pag. 56, ligne 2, *au lieu de* prix, *lisez :* profit.

Pag. 215, 1re colonne, ligne 3, *au lieu de* dans sa demeure, *lisez :* dans sa mise en demeure.





